Der Vertriebsvertrag (contractus aestimatorius) seine Rechtsnatur und rechtliche Behandlung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg.

vorgelegt von

Manfred Altmann

aus Trier

Marburg 1934

Druckerei W. May
Köln, Trajanstr. 39 Tel. 94702

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 9.Oktober 1933.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Euch, liebe Eltern,
zu eigen.

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Abschnitt.

Die Stellung des Vertriebsvertrages innerhalb des Gesamtproblems der gesetzlich nicht selbständig geregelten Schuldverträge.

I. Das Ziel der Untersuchung 7

II. Der Vertriebsvertrag im Gesamtproblem 7

III. Die methodischen Grundfragen 11

1. Wille und Rechtsfolge. Die Grundnorm. 11
2. Die Typenbildung. Vertragsinhalt. Ergänzende Rechtssätze. 13
3. Die rechtliche Einordnung eines Vertrages. Methode der Normanwendung. 18

2. Abschnitt.

Die Inhaltsbestimmung des Vertriebsvertrages.

I. Der Vertriebsvertrag ein verkehrsmäßiger Typus. 24

II. Das Vorkommen des Vertriebsvertrages. Rechtstatsächliche Übersicht über seine wirtschaftliche Verbreitung. 25

III. Die Interessenlage beim Vertriebsvertrag. 27

1. Stellung im Güterumsatzverkehr. 27
2. Das mit der Ware verbundene zweifache Risiko. 28
3. Die wirtschaftliche Zwischenstellung des Vertriebsvertrages zwischen Kauf und Kommission. 30
4. Preiszahlungspflicht, wenn Absatzrisiko als Hindernisgrund entfällt. Maßgebend stets die Entscheidung des Vertriebsübernehmers für feste Übernahme. Die Vertragspunkte. 31
5. Bestehen Verkehrssitten für den Vertriebsvertrag? 33

Seite

3. Abschnitt.

Die rechtliche Einordnung des Vertriebsvertrages auf Grund der Analyse des Vertragsinhalts.

I. Die Einteilung der Typenverträge. 35

II. Die Scheidung des atypischen vom gemischten Vertrag. 36

III. Der Vertriebsvertrag ein gemischter Vertrag. 37

IV. Die beiden Vertragselemente. 39

1. Das Kaufelement. 39
2. Das leiheähnliche Element. 41
3. Der Unterschied vom gesetzlichen Typus Leihe. Nur analoge Anwendbarkeit der Leihe-Rechtssätze. 44
4. Die zugleich auflösende und die aufschiebende Wirksamkeit der beiden Elemente. 46

V. Der Vertriebsvertrag ein Mischvertrag mit gleichgeordneten Elementen, nicht mit einem überwiegenden Vertragselement. 49

VI. Vergleich mit anderen Verträgen. 52

VII. Die im Vertriebsvertrag enthaltene Bedingung. Die verschiedenen Ansichten. Das ungewisse zukünftige Ereignis ist: die Entscheidung für feste Übernahme. 55

VIII. Die Rechtsnatur der Entscheidung für feste Übernahme. Die Interessenlage. Fortfall des Kundgebungserfordernisses. Die Entscheidung ein Willensgeschäft. 58

4. Abschnitt.

Die verschiedenartigen rechtlichen Einordnungen des Vertriebsvertrages.

I. Der Vertriebsvertrag eine Vertragsverbindung? 63

Seite

1. Eine Kombination zweier Verträge. 63
2. Eine alternative Vertragsverbindung. 65

II. Die Unklarheit in den Motiven. 67

III. Der Vertriebsvertrag der gesetzliche Typus Kauf? Auch das Kauf e l e m e n t entspricht nicht dem Kauf auf Probe. Keine Legalwirkung wie in § 496, S.2 BGB. 68

IV. Der Vertriebsvertrag ein atypischer Vertrag? 72

a) mit Wahlschuld? 72
b) mit Ersetzungsbefugnis? 73

5. Abschnitt.

Die dingliche Rechtslage.

I. Der Eigentumserwerb des Vertriebsübernehmers bei Entscheidung für feste Übernahme infolge Verkaufs an einen Dritten. 74

II. Der Eigentumserwerb im Falle der Entscheidung für Selbstübernahme. Gestattung der Aneignung wie in § 700 I, 2 BGB. 77

III. Die Rechtsnatur der Aneignung. Fortfall des Kundgebungserfordernisses. Ein Willensgeschäft. 79

6. Abschnitt.

Die Anwendung der Rechtssätze der Leihe und des Kaufs.

I. Der Leihe, 81

II. es Kaufs. 89

Schlußwort. 90

Literaturverzeichnis. 91

1. Abschnitt.

Die Stellung des Vertriebsvertrages innerhalb des Gesamtproblems der gesetzlich nicht selbständig geregelten Schuldverträge.

Die Untersuchung der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages will der Rechtsanwendung dienen. Die begriffliche Klärung einer rechtlichen Erscheinung hat eine größere Aufgabe als ein "ästhetisches Interesse geistiger Architektonik[1]" zu befriedigen. Ihre Aufgabe ist - und diese Erkenntnis ist nicht das Sondergut einer einzelnen methodischen Richtung -, der Verwirklichung der Rechtsordnung durch Aufdeckung ihres Geltungsbereichs zu dienen.

Das Ziel unserer Untersuchung ist daher, zu ermitteln, wie nach geltendem Recht die Schuldverträge, die unter dem Namen Vertriebsvertrag zusammengefaßt werden, rechtlich zu beurteilen sind. Die Problematik des Vertriebsvertrages ist dadurch bedingt, daß die Rechtsordnung den Tatbestand des Vertriebsvertrages keiner selbständigen Regelung unterworfen hat. Wir erkennen damit in unserer Aufgabe das allgemeine Problem wieder: die Frage nach der rechtlichen Behandlung der im Gesetz nicht selbständig geregelten Schuldverträge. Dieses Problem wird in der Wissenschaft durch Gruppierung der möglichen Vertragsinhalte nach 3 Richtungen hin behandelt. Es werden geschieden:

1. Die Vertragsverbindung.
2. Der gemischte Vertrag.
3. Der atypische Vertrag.

Die erste Gruppe steht außerhalb des Problems, da bei der Vertragsverbindung mehrere rechtlich selbständige Verträge vorliegen.

Die Aufzählung an dieser Stelle hat daher bloß die Aufgabe, sie von den beiden anderen Gruppen zu trennen.

Das gemeinsame der beiden anderen Gruppen besteht darin: Beide Verträge lassen sich nicht, ohne daß die Eigenart beeinträchtigt wird, unter einen im Gesetz

1) Manigk, Iher.J. 83,2.

geregelten Vertragstatbestand unterordnen[1]. Trifft dieses gemeinsame Merkmal beim Vertriebsvertrag zu?

Die inhaltliche Bestimmung des Vertriebsvertrages ist für die Beantwortung dieser Frage notwendige Voraussetzung. Schon hier ergibt sich - im Gegensatz zu den meisten im besprochenen Sinn problematischen Vertragstatbeständen - eine besondere Schwierigkeit.
Die Wirklichkeit des Rechtslebens kennt eine einheitliche Bezeichnung für den Tatbestand des Vertriebsvertrages nicht. Die Parteien entnehmen fälschlicherweise verschiedene Namen aus anderen Verträgen. Besonders gebräuchlich sind die Bezeichnungen Kommissionsgeschäft, Kommissionswarenvertrag, Verkaufsauftrag, Konsignationsgeschäft[2], Diese verschiedenartigen Kennzeichnungen führen oft dazu, daß sogar die Rechtsprechung das Vorliegen besonderer Vertragstatbestände übersieht, die einer einheitlichen rechtlichen Beurteilung fähig und bedürftig sind. Der Name Vertriebsvertrag wird bisher im Rechtsverkehr nur selten und auch nicht immer in einheitlichem Sinne gebraucht.

Allein in der Rechtswissenschaft haben diese unter den verschiedensten Namen abgeschlossenen Verträge eine Zusammenfassung erfahren; aber unter dem völlig irreführenden Namen: Trödelvertrag, sowie unter der für einen lebensvollen Vertragstatbestand unmöglichen lateinischen Bezeichnung "contractus aestimatorius[3]"
Der Tatbestand des Vertriebsvertrages, wie er hier nach dem Vorschlag Hedemanns[4] genannt werden soll, steht zu dem Gewerbe des Trödlers in keinerlei Sonderbeziehung[5]. Der Vertriebsvertrag ist in fast allen Handelszweigen des heutigen Wirtschaftslebens von

1) Eingehend darüber s.Seite 36 f.
2) Vgl. dazu RG 83,102; OLG 28,384; Seuff.Arch. 57 Nr. 31; RG LZ 1925,858; vgl. auch Schmidt-Rimpler, Seite 535, 539.
3) Treitschke, Kommissionshandel, § 8, nennt sie "barbarisches Latein".
4) Schuldrecht,S.114; ihm folgt auch Thorbeck,S.5.
5) Früher bezeichnete das Wort Trödel nicht bloß den Altwarenhändler und sein Gewerbe.Vgl. Bayrisches Landrecht,Cod.Max.Bav.civ.Th.IV.Kap.12 § 4("Trödel- oder Däntlerskontrakt").

großer und immer steigender rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung und hat nach den eingehenden rechtstatsächlichen Untersuchungen Schmidt-Rimplers auf verschiedenen Wirtschaftsgebieten den Kommissionsvertrag in erheblichem Maße bereits verdrängt.

In einem Berufskreise ist der Vertriebsvertrag besonders ausgebildet. Im Buchhandel unter dem Namen "Buchhändlerisches Konditionsgeschäft". Er hat in der Buchhändlerischen Verkehrsordnung (=BVO,neueste Fassung vom 3. Mai 1931) eine Regelung erfahren. Da die darin gesammelten im Buchhandel geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 1a der BVO) nach § 346 HGB rechtlich zu berücksichtigen sind, bietet das buchhändlerische Konditionsgeschäft in der Praxis geringere Schwierigkeiten als der allgemeine Vertriebsvertrag.

Der Vertriebsvertrag wird in der Literatur nicht einheitlich formuliert; dies deshalb, weil zumeist die - verschiedenartigen- rechtlichen Konstruktionen bereits mit in die Inhaltsbestimmung einbezogen werden. Jedoch ist man sich über den Grundtatbestand einig. Unter einem Vertriebsvertrag ist ein Schuldvertrag zu verstehen, bei dem jemandem ein Gegenstand mit der Maßgabe überlassen wird, daß der Empfänger, im Falle er die Sache verkauft oder selbst fest übernimmt, zur Zahlung eines bestimmten Preises, im anderen Falle zur Rückgabe verpflichtet ist.

Ein solcher Vertragstatbestand ist, wie eine Überprüfung des Schuldrechts, insbesondere des BGB und HGB, ergibt, gesetzlich nicht geregelt. Der Gesetzgeber hat ihn gesehen, aber keine Rechtssätze für ihn aufgestellt [1].
Damit ist seine Einordnung in das oben gekennzeichnete allgemeine Problem gerechtfertigt.

Dieses Problem der rechtlichen Behandlung der im Gesetz nicht selbständig geregelten Schuldverträge ist bisher in seiner Einheit nicht behandelt worden. Hoeniger[2] und Schreiber[3] haben sich in ihren

1) Vgl. eingehend Motive II,S.516.
2) Vorstudien; Grundformen.
3) Iher.J. 60,106 ff.

grundlegenden Arbeiten nur mit einem Teilgebiet befaßt. Beide handeln über die sogenannten gemischten Verträge. Nach Hoeniger [1] liegt ein gemischter Vertrag dann vor, wenn sein Tatbestand eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält.

Umfassender und förderlicher ist die Abgrenzung Schreibers[2], der unter dem Begriff des gemischten Vertrages [3] alle die Verträge zusammenfaßt, die gesetzlich aufgestellte Typen g a n z oder t e i l - w e i s e enthalten, ohne sich doch mit ihnen zu decken. Es genügt also nach ihm, wenn nur e i n Vertragselement einem gesetzlichen Typus entspricht.

Beide scheiden aus ihren Untersuchungen die Verträge aus, die nur solche Tatbestandsstücke enthalten, die keinem gesetzlichen Typ entnommen sind. Die Verträge, die eine Verbindung mehrerer selbständiger Typenverträge enthalten, scheiden, wie bereits oben hervorgehoben, ebenfalls aus.

Der Vertriebsvertrag macht hinsichtlich seiner Einordnung in eine der 3 Gruppen erhebliche Schwierigkeiten. Nicht zu verwundern, daß in der Literatur die Meinungen weit auseinandergehen, und für sämtliche Möglichkeiten sich Vertreter gefunden haben.

Die Mehrzahl der Schriftsteller sieht in ihm einen atypischen Vertrag, ohne zumeist den Versuch zu machen, ihn als gemischten Vertrag zu werten [4]. Manche ordnen ihn einem gesetzlichen Vertragstyp un-

---

1) Grundformen S. 4; Vorstudien S.1.

2) a.a.O. 111.

3) Um nicht die Vorstellung zu erwecken, daß hier zwei Verträge vorliegen, wird besser die Einzahl "gemischter Vertrag" gebraucht. So mit Recht Leonhard I,S.327 ff. gegen den Sprachgebrauch der Literatur.

4) So die herrschende Meinung; z.T. in Anlehnung an § 445 BGB; so RGR-Kommentar § 445,1; Vorbem. 2 vor § 652; J u n g, Erörterungen zu dem BGB und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens, Iher.J.69,79. Vgl. ferner P l a n c k s Kommentar, Vorbem.z.7. Abschnitt,3; E n n e c c e r u s, § 322 V; O e r t m a n n § 651,7; Hoormann, in Handwörterbuch der R.Wiss.; Warthorst, 60; Fischer, 10. Vgl. unten S.72 f.

ter[1] oder fassen ihn als gemischten Vertrag aber mit einem ü b e r w i e g e n d e n Vertragselement auf[2]. Andere sehen in ihm eine Vertragsverbindung, d.h. nach ihnen liegen mehrere Verträge vor[3].

Die rechtliche Eigenart des Vertriebsvertrages kann nur dann erkannt werden, wenn seine Stellung innerhalb des Gesamtproblems aufgefunden ist.

Eine methodische Vorprüfung wird bei Behandlung des Vertriebsvertrages in der Literatur gar nicht in Angriff genommen, ja, man scheint ihre Notwendigkeit nicht einmal zu sehen. Die Rechtsnatur kann aber nur dann bestimmt werden, wenn vorher die methodischen Grundlagen des Problems geklärt sind[4].

Was suchen wir, wenn wir die Frage nach der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages aufrollen?

Wir berühren damit die Grundfrage nach dem Verhältnis von Rechtsgeschäft und Rechtswirkung[5].

Der menschliche Wille ist von der Rechtsordnung als eigenrechtlicher Selbstgestalter[6] anerkannt. Mit dem Instrument des Rechtsgeschäftes ist er imstande, Rechtswirkungen hervorzurufen, die seinem wirksam geäußerten Willen entsprechen[7].

Die schon zu Ende des 19. Jahrhunderts angezeifelte und bekämpfte[8] Theorie, die den rechtsge-

1) S c h m i d t - R i m p l e r, 532; R i e z l e r 102; vgl. auch weiter unten S. 68 ff.
2) L e o n h a r d, II, 184; vgl. unten S. 49 f.
3) Vgl. Literaturangaben weiter unten S. 63 ff.
4) Vgl. die auch hierin vortreffliche Abhandlung S t a m m l e r s über den (atypischen) Garantievertrag in: Arch.f.civ.Prax. 69, 1 ff.
5) Vgl. über den Begriff der Rechtswirkung auch M a n i g k, Iher.J. 49, 468 ff; L e o n h a r d, Beweislast 156.
6) M a n i g k, Iher.J. 83, 11.
7) Vgl. M a n i g k, Irrtum, 42. Über das " finale Verhältnis" v. Willenserklärung und Rechtsfolge, vgl. M a n i g k, Anwendungsgebiet, 80 ff. H e l l w i g, System des Zivilproz.R., I 1912, 425.
8) Vgl. D e r n b u r g, Preuß.Privatrecht, 1884, I, 153, Anm. 1. P e r n i c e in Grünh.Z. 7, 465; vgl. eingehend M a n i g k Irrtum 45 f.; und neuerdings Iher.J. 83, 9 f.

schäftlichen Willen nur als Anlaß für den Eintritt g e s e t z l i c h e r Rechtsfolgen wertete, verkennt die besondere Stellung, die das Rechtsgeschäft, insbesondere der Vertrag innerhalb der juristischen Tatsachen von altersher einnimmt.

Jede Rechtswirkung wird von der Rechtsordnung gewährt, - s i e ist die Rechte und Pflichten erzeugende Kraft.

Die Rechtsordnung "überläßt es aber entsprechend der bis in primitive Epochen des Rechts zurückgehenden Bestimmung des Rechtsgeschäfts, insbesondere des Vertrages, den Parteien, die von ihnen erstrebten Rechtswirkungen in der rechtsgeschäftlichen Erklärung dieses Rechtsfolgewillens maßgebend zu bezeichnen [1]". Das Rechtsgeschäft wird damit nicht zur Rechtsnorm, sondern es bleibt juristische Tatsache [2]. Auch für die Willenserklärung gilt der Syllogismus des juristischen Schlusses aus Obersatz und Untersatz. Diese methodisch bedeutsame Erkenntnis ist heute durchaus noch nicht Allgemeingut des juristischen Denkens geworden. Dies beruht vor allem auf dem Umstand, daß unser BGB die Rechtsnorm, die der Willenserklärung die ihr entsprechende Wirksamkeit verleiht, nicht ausdrücklich enthält [3]. M a n i g k hat in der oben zitierten Abhandlung [4] diese vom Gesetz v o r a u s g e s e t z t e Grundnorm aus dem geltenden Recht erneut eingehend aufgezeigt und damit die der Willenserklärung zukommende methodische Stellung wieder eindeutig herausgestellt [5]. M a n i g k [6]

1) So treffend M a n i g k in RG-Praxis, VI, S. 185, (Die Revisibilität der Auslegung von Willenserkl.)

2) Derselbe, Art. Tatsachen im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.

3) Nicht genügend klar O e r t m a n n , Verkehrssitte 248; ebenso L e o n h a r d , Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Arch.f.d.civ.Prax. 120, 35: "Die Wirkung eines Rechtsgeschäftes kommt durch 2 zusammenwirkende Faktoren, das Gesetz und den Parteiakt, zustande".

4) Zitat Anm. 1).

5) Vgl. aber schon u.a. Irrtum, Seite 42, Goldschmidts Z.H.R. 65, 281 ff., neuerdings Arch.R.WPh.S. 367, vgl. die Grundnorm "ita ius esto" im röm. XII Tafel-Gesetz.

6) RG-Praxis VI, 186.

formuliert diese der Rechtsordnung immanente Grundnorm dahin: Ein Rechtsgeschäft hat die Wirkungen, die dem zum Ausdruck gebrachten Willen des Handelnden entsprechen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Der § 305 BGB ist wie sich daraus ergibt, nur der schuldrechtliche Anwendungsfall dieser Grundnorm. Durch das besondere Erfordernis der vertragsmäßigen Begründung des Schuldverhältnisses ist er zugleich eine der vorgesehenen einschränkenden Bestimmungen. Das Schuldrecht ist das Hauptgebiet, auf dem der menschliche Wille freier Gestaltungsmacht bedarf. Die Freiheit ist hier im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten am weitesten gewährt. Dies zeigt sich bei folgender Betrachtung.

Die Rechtsordnung kann auf ein typisierendes Herausgreifen von Durchschnittserscheinungen aus der Fülle rechtlich bedeutsamer Lebensvorgänge nicht verzichten [1]. In den verschiedensten Rechtsgebieten greift sie je nach ihrem Ziel mit verschiedenen Mitteln zu einer Vereinheitlichung der Rechtwirkungen und Beschränkung der Privatautonomie. Sie stellt Geschäftstypen auf, d.h. sie knüpft an einen Tatbestand als eine Summe juristischer Tatsachen, bestimmte Rechtswirkungen. Die Art und Bedeutung dieser Typen ist je nach den Rechtsgebieten ganz verschieden.

Im Sachen-, Familien- und Erbrecht sind z.B. bestimmte Typen in der Weise festgelegt [2], daß den Parteien nur die Freiheit des Abschlusses und der konkreten Ausfüllung des abstrakt gefaßten Tatbestandes gewährt ist. Aber auch hier ist es die durch besondere Bestimmungen eingeschränkte G r u n d n o r m, die die Rechtswirkungen gelten läßt.

Von grundsätzlich anderer Bedeutung sind die Typen des Schuldrechts [3]. Hier herrscht nicht bloß

1) Vgl. M e r k, Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht in Beiträge zum Wirtschaftsrecht I S.138 ff.

2) Vgl. von G i e r k e, Deutsches Privatrecht II S.359,366,599; B a u m g a r t e n, Die Wissenschaft von Recht und ihre Methode I, 1920 S.375, II u. III, 1922, S.641; H e c k, Grundriß des Sachenrechts 1930 S.72,84 ff. Über die Typenbildung in anderen Rechtsgebieten vgl. eingehend M e r k, a.a.O.

3) Vgl. J u n g, Bürgerl. Recht in Stammler's "Das gesamte deutsche Recht der Gegenwart" I, S.868; Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse § 99; L e o n h a r d, Allgem. Schuldrecht S.320 ff., v. Gierke a.a.O. III, S.111,408.

eine Vertragsfreiheit im obigen Sinne, sondern hier ist die Vertragsfreiheit zur Gestaltungsfreiheit erweitert. Diese Bezeichnung für die schuldrechtliche Vertragsfreiheit ist von R e i c h e l [1])treffend vorgeschlagen.

Wir haben somit den Satz gewonnen, daß die Rechtswirkungen des Schuldvertrages vom Vertrag selbst bestimmt werden. Wir brauchten daher zur Ermittelung der Rechtswirkungen eines Schuldvertrages nur in negativem Sinne auf das Gesetz zurückzugreifen, indem wir fragen müssen, inwieweit erstrebte Rechtsfolgen von der Rechtsordnung n i c h t gewährt werden(vgl. z.B. §§ 134, 138, 306 u.a.) und inwieweit Rechtswirkungen entgegen dem erklärten Willen (vgl. z.B.§ 276 II, 2) eintreten.

Mit dieser Einschränkung sind somit die Rechtswirkungen des Schuldvertrages zunächst allein aus dem Vertragsinhalt selbst zu bestimmen. Damit gewinnt der Begriff des Vertragsinhaltes seine entscheidende Bedeutung innerhalb unseres Problems.

Aus der Fülle des zum Problem des Vertragsinhalts vorhandenen Stoffes brauchen in diesem Zusammenhang nur einige hier erhebliche Punkte hervorgehoben zu werden.

Die Auffassung, daß aus dem Vertrag selbst keine Rechtsfolgen bestimmt werden können,weil sich die Willenserklärung der Parteien nur auf t a t s ä c h l i c h e , w i r t s c h a f t l i c h e Gestaltung der Lebensverhältnisse beziehe und erst richterliche Auslegung die R e c h t s f o l g e n bestimme, verwechselt juristische Einordnung mit Rechtsfolgebestimmung. Jede Willenserklärung ist Rechtsfolgeerklärung [2]). Die Parteien erklären, ihre auf einen tatsächlich gesehenen Erfolg gerichteten Zielstrebungen m i t H i l f e der Rechtsordnung erreichen zu wollen [2]).Dem Laien die Unterscheidungsfähigkeit zwischen bindendem Rechtsverhältnis und tatsächlichen, gesellschaftlichen und sittlichen Beziehungen abzusprechen, ist lebensfremd. Der Ver-

1) Gewillkürte Haftungsbeschränkung,S.8 Anm.1.
2) Vgl.RG 68,324; M a n i g k , Irrtum u.a. 98 f, 103 ff.

tragsinhalt ist ein "vorweg genommenes Spiegelbild der dem Vertrag entsprechend eintretenden Rechtsfolgen[1]".

Diese Auffassung scheint zu der Folgerung zu führen, daß sich a l l e Rechtsfolgen aus dem Vertragsinhalt ergeben[2]. Aber die Unhaltbarkeit einer solchen willenstheoretischen Fiktion ist wiederholt zutreffend nachgewiesen worden[3]. Klarheit läßt sich nur gewinnen, wenn man erkennt, daß der Begriff Vertragsinhalt nur durch Verweisung auf den k o n k r e t e n Vertragsinhalt gegenständlich zu erfassen ist. Es wäre verfehlt zu sagen, der Vertragsinhalt enthalte nur die Hauptwirkungen[4]. Ein Vertrag k a n n sämtliche Rechtsfolgen, die eintreten sollen, selbst bezeichnen. So wurden in früheren Entwicklungsepochen und selbst in voll entwickelten Epochen des hellenistischen und orientalischen Rechtskreises bei jedem einzelnen Geschäftsabschluß mit ängstlicher Genauigkeit alle einzelnen Rechtsfolgen aufgezählt[5]. Aber auch heute treffen wir, wenn auch aus einem durchaus anderen Grund, insbesondere bei den Geschäften der organisierten Großbetriebe mit ihren Kunden und untereinander ähnliche Erscheinungen.

Eine umfassende rechtliche Regelung eines Rechtsverhältnisses durch die Parteien ist jedoch niemals lückenlos. Es spiegelt sich hier das Bild der Rechtsordnung wider, die auch bei noch so umfassender Regelung des Rechtslebens seine ganze schöpferische Vielfalt von vornherein nicht zu erfassen vermag. Das Dogma von der Lückenlosigkeit[6] ist ebenso auf dem

1) M a n i g k , a.a.O. 117.
2) So in der Tat T i t z e , Mißverständnis, 451.
3) Vgl. v. T u h r , Allgemeiner Teil II, 544 Anm. 52, M a n i g k , Irrtum 118.
4) Richtig M a n i g k , a.a.O. 103, Anm. 3 gegen Z i t e l m a n n , Allgemeiner Teil S. 100 und B i e r m a n n , Bürgerl. R. I, 239.
5) Vgl. z.B. M i t t e i s , Grundzüge der Papyruskunde II, 2, S. 287 f. 262 f. Eingehend M a n i g k , Irrtum 47.
6) Vgl. J u n g , Zur logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung in "Das Problem des natürlichen Rechts"; M a n i g k , Savigny und der Modernismus, 118 f., 126, 145 f. Vgl. auch J u n g , Rechtsregel und Rechtsgewissen; Manigk, Artikel Formalismus und Freirechtsschule in Hdb. d. R.W.; Interessenjurisprudenz, ebenda.

Gebiete des objektives Recht schaffenden Gemeinwillens wie des Rechtsverhältnisse begründenden Einzelwillens verfehlt. Hinzu kommt das Bedürfnis der Rechtsgenossen, sich bei Abschlüssen von Verträgen nicht lange mit eigener Vorsorge für mögliche Streitfälle abgeben zu müssen.

Das Rechtsleben erzeugt immer wieder gleichartige Zielstrebungen, die regelmäßig wiederkehren und deren rechtliche Verwirklichung im Laufe der Rechtsentwicklung immer mehr in einheitlicher Richtung erfolgte. Die Interessenwiderstreite werden in ü b l i c h e r Weise ausgeglichen. Es bilden sich Verkehrssitten aus. Dies geht so weit, daß die Verkehrssitte allmählich für die immer wiederkehrenden Zwecke Geschäftstypen ausbildet. Meist unter einem treffenden Schlagwort werden Geschäfte mit gleichartigen Zielstrebungen zusammengefaßt. Diese Zusammenfassungen nimmt die Rechtsordnung auf und verwertet die zugehörigen Erfahrungssätze. Indem sie den rechtlichen Gehalt dieser Erfahrungssätze mehr oder minder im Sinne der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, läutert, gestaltet sie sie zu Rechtssätzen (zu proz. Beweislast-Regeln, Definitionen, Vermutungen, Auslegungsregeln und Dispositivnormen [1]. In den Dispositivnormen werden im Gegensatz zu den anderen erwähnten Gruppen der Rechtssätze unmittelbar die Rechtsfolgen von Rechtsgeschäften bestimmt. Indem die Rechtsordnung solche Rechtssätze für Geschäftstypen aufstellt, übernimmt sie die oben als notwendig erwiesene Aufgabe der Ergänzung des Vertragsinhalts; damit gewinnen die gesetzlichen Typen des Schuldrechts ihre große Bedeutung. Die Rechtsordnung stellt den Rechtsgenossen für ihre verschiedensten Zwecke eingehend geregelte Verträge zur Verfügung, aber ohne damit die Bildung neuer Typen und die Freiheit in der Gestaltung der Schuldverträge einschränken zu wollen. Die Wirksamkeit der Grundnorm wird durch die gesetzliche Typenbildung nicht begrenzt [2].

1) Vgl. dazu M a n i g k, RG-Praxis, VI, 145.

2) Auf den numerus clausus der nicht durch Vertrag begründbaren Schuldverhältnisse wurde schon oben hingewiesen. Vgl. noch zur Typenbildung Z i t e l m a n n , Irrtum 307; B r i n z , Pandekten, 2. Aufl. S. 314, 316; B e k k e r , Pandekten, II, S. 121 f.

Wie sind diese Typen inhaltlich bestimmt? Die Rechtsordnung stellt in den Eingangsnormen der einzelnen Schuldverhältnisse im 2. Buch des BGB und im HGB die Tatbestandsstücke fest, die die Parteien regelmäßig zum Inhalt ihrer verschiedenartigen Zielstrebungen dienenden Verträge machen. An diese zum Typ erhobenen Vertragsinhalte knüpft die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen an, die sie in Anlehnung an den vermutlichen Willen der Parteien, aber auch in selbständiger Führungsabsicht festsetzt [1]. Diese Rechtsfolgen treten eben nicht ein, w e i l sie als zum Inhalt des Vertrages gehörend anzusehen sind, sondern weil der Vertrag schweigt und das Gesetz für diesen Fall die Rechtsfolgen unabhängig vom Parteiwillen aufstellt. Nur soweit der Vertrag dieses lückenfüllende Gesetzesrecht in sich aufgenommen hat, gehört es zum Vertragsinhalt [2]. Die Frage, ob eine Vorschrift ergänzendes Recht oder Auslegungsregel [3] ist, ist deshalb generell nicht entscheidbar, weil auch der ergänzende Rechtssatz zur Auslegungsregel werden kann, nämlich dann, wenn die Ermittlung des Sinns undeutlicher Bestandteile des Vertrages in Frage steht und diese Bestandteile auf Regelung solcher Punkte gerichtet sind, die ein ergänzender Rechtssatz entscheidet. In den anderen Fällen aber wirken die ergänzenden Rechtssätze unabhängig vom konkreten Parteiwillen. Eine negative Abhängigkeit besteht insofern, als ihre Geltung durch entgegengesetzte Parteiabrede durchbrochen werden kann. Die Anwendbarkeit einer Auslegungsregel ist im Gegensatz dazu davon abhängig, daß ein Anknüpfungspunkt im konkreten Vertragsinhalt gegeben ist.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß der Vertragsinhalt, wie er sich nach Anwendung aller Hilfsmittel der Auslegung darstellt, zunächst für die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, entscheidend ist.

---

1) Vgl. von T u h r , a.a.O. 189, 164; M a n i g k. Anwendungsgebiet, 86.

2) Der Unterschied einer generellen und substanziellen Aufnahme in den Vertrag wird vor allem im Hinblick auf § 119 erheblich. Vgl. dazu M a n i g k, Irrtum 116 f., 141, 142.

3) Vgl. dazu auch Vocke, Auslegungsregel.

Die Aufgabe der ergänzenden Rechtssätze ist es, - daher ihr Name - den Vertragsinhalt durch selbstständige Bestimmung von Rechtsfolgen zu ergänzen.

Neben dieser Ergänzung des Vertrages durch Rechtssätze steht die von der herrschenden Meinung mit Recht anerkannte Vertragsergänzung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nach § 157, BGB. Eine verantwortungsbewußte Handhabung dieser dem Richter eingeräumten Ergänzungsmöglichkeit dürfte die Befürchtungen Leonhards[1] zu überwinden imstande sein. In eine nähere Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung einzutreten, ist hier nicht der Platz[2].

Das Problem der im Gesetz nicht geregelten Schuldverträge besteht als Sonderproblem innerhalb der allgemeinen Rechtsanwendungslehre nach dem Ausgeführten im Fehlen besonderer ergänzender Rechtssätze neben den allgemeinen schuldrechtlichen Normen[3].

Das Ergebnis der Auslegung und zumeist auch das der ergänzenden Auslegung[4] muß, ehe die in ihm enthaltenen rechtlichen Bestimmungen als juristisch klar abgegrenzte Rechtsfolgen durchgeführt und die anwendbaren ergänzenden Rechtssätze gefunden werden können, vom Richter eingeordnet werden in das durch die Rechtsordnung geschaffene Rechtssystem. Diese Aufgabe obliegt dem Richter auch bei den typischen Verträgen. Die Suche nach den passenden Rechtssätzen des allgemeinen Teils und des allgemeinen Schuldrechts ist deshalb kein typisches Problem der im Ge-

1) Leonhard, Auslegung a.a.O. S.45 f., 45, 46.

2) Wie hier Oertmann, Verkehrssitte, 151 f., 178f.; Enneccerus I, 1 § 192 RG Recht 1907, 1061 Nr. 2505; RG 67, 433; Manigk, Irrtum 162 f. Art.-Auslegung a.a.O., neuerdings Arch.f.R.W.Ph. S.379; R. Leonhard, Allgemeiner Teil S. 352; anderer Meinung Leonhard, a.a.O.; Boyens, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des RG (Beilage zum sächsischen Archiv) S.194.

3) Es ist aber hierbei zu beachten, daß der besondere Teil des Schuldrechts auch zwingende Rechtssätze enthält und daß somit für den ungeregelten Vertrag auch solche zwingende Rechtssätze des besonderen Schuldrechts fehlen.

4) Ergänzende Auslegung ist in Wahrheit keine Auslegung mehr. Der Sprachgebrauch der Literatur ist deshalb nicht ganz korrekt. Diese Frage soll aber hier nicht näher verfolgt werden.

setz nicht selbständig geregelten Verträge. Sie gehört zum allgemeinen Problem der Rechtsfindung (auf das hier innerhalb dieses Themas nicht einzugehen ist), das gerade heute einer zusammenfassenden Erörterung bedürfte, nachdem insbesondere die sogenannte Interessenjurisprudenz wertvolles, wenn auch nur zum Teil neues Material dazu geliefert hat. Hier kann näher nur auf die besondere Problematik eingegangen werden, die dadurch bedingt ist, daß der Vertriebsvertrag als ein im besonderen Schuldrecht nicht geregelter Vertrag passender ergänzender Rechtssätze des besonderen Schuldrechts zu entbehren scheint.

Die rechtliche Einordnung des Vertragstatbestandes setzt die vorherige genaue Bestimmung seines Inhalts voraus. Deshalb hat die sogenannte Konstruktion mit der Auslegung methodisch nichts zu tun[1]. Unsere Aufgabe wird es deshalb zunächst sein, den Inhalt des Vertriebsvertrages genau zu ermitteln, um darauf aufbauend seine Einordnung vorzunehmen.

Nach dem Obigen hat sich ergeben, daß die ergänzenden Rechtssätze des besonderen Schuldrechts an b e s t i m m t e Vertragsinhalte anknüpfen. Das Gesetz stellt in den Eingangsnormen der einzelnen Schuldverhältnisse bindend den Vertragsinhalt fest, der vorliegen m u ß , wenn die nachfolgenden Rechtssätze in ihrer Gesamtheit anwendbar sein sollen. Die Eingangsnormen sind deshalb selbst keine ergänzenden Rechtssätze, sondern sie sind nichts weiter als Konkretisierungen der oben gekennzeichneten Grundnorm[2], also besondere Anwendungsfälle dieser gewährenden Rechtsnorm[3]. Wenn auch die Fassung mancher Eingangsparagraphen dem zu widersprechen scheint, so ist ihr sachlicher Gehalt doch nur die Bezeichnung der Ver-

1) So auch v. T u h r , II,161; M a n i g k , Irrtum 99.

2) M a n i g k , RG-Praxis, 187.

3) S t a m m l e r , gebrauchte in seiner tiefdringenden Darstellung des Garantievertrages, a.a.O. S. 14 f., insbesondere 16, die Dreiteilung: zwingende, dispositive, ergänzende Rechtssätze. Unsere dispositiven Rechtssätze nennt er richtig ergänzende Rechtssätze, nimmt aber den Ausdruck "dispositiver Rechtssatz" in anderem Sinne auf. Die allerdings nicht deutlich herausgearbeitete Grundnorm wird von ihm als "gewährender dispositiver Rechtssatz" bezeichnet.

tragsinhalte, die im Sinne des Gesetzes als Kauf,als Miete usw. zu behandeln sind; d.h. sie besagen nur, daß, wenn ein Vertrag die Rechtswirkungen benennt , die im Sinne des Gesetzes den Inhalt eines Kaufvertrages usw. ausmachen, eben diese Rechtswirkungen eintreten. Die Inhaltsbestimmung des konkreten Vertrages ist deshalb oft so leicht, weil sich der Rechtsverkehr und das Gesetz des Ausdrucks Kauf,Miete usw. regelmäßig in einheitlichem Sinne bedienen.

Es ist aber zu beachten, daß die Eingangsnormen oft gegenüber der folgenden Regelung zu weit oder zu eng gefaßt sind, worauf Schreiber[1] mit Recht hingewiesen hat. Die Eingangsnorm ist daher stets in Verbindung mit den ihr folgenden Rechtssätzen zu betrachten. Diese Erkenntnis wird für uns später von Bedeutung sein (vgl.oben S. 44).

Aus dem Ausgeführten ergeben sich zwei wichtige Forderungen an den Richter:

Wenn ein Vertrag einem gesetzlichen Typus entspricht, müssen die betreffenden Rechtssätze angewandt werden.

Entspricht der Vertrag dem bindend festgelegten Inhalt des gesetzlichen Typs nicht, so dürfen dessen Rechtssätze nicht - wenigstens nicht unmittelbar - auf ihn angewandt werden[2].

Die im ersten Satz ausgesprochene Forderung enthält die Absage an alle die methodischen Versuche, die die Unterordnung eines Vertrages unter einen gesetzlichen Typus ohne eingehende Prüfung aller Möglichkeiten vornehmen, um dann frei von gesetzlicher Bindung selbständig nach §§ 157, 242 die auftauchenden Interessenwiderstreite zu lösen. Dieser Versuch führt zu einer Verwässerung der Rechtsanwendung. Der Hinweis auf die doch bestehende Bindung an gesetzliche Werturteile durch die eventuelle analoge Anwendung des Gesetzes gibt nicht die gleiche Gewähr für die Verwirklichung der geltenden Rechtsordnung und damit der Rechtssicherheit.

1) Iher.J. 60,162.

2) Vgl. dazu Ennecceru s, I,2 § 324;Oertmann, Vorbem.vor § 433,3; Manigk, RG-Praxis a.a.O.187.Vgl.auch RG. JW,1928,S.2831 Nr. 21.

In diesem Ziel der Rechtssicherheit liegt auch die Berechtigung, ja die Notwendigkeit derjenigen juristischen Konstruktion begründet, die aufgebaut ist auf eingehender die Interessenlage berücksichtigender Auslegung.

Der Vertriebsvertrag kann daher nur dann als atypischer Vertrag behandelt werden, wenn seine Unterordnung unter einen gesetzlichen Typ seiner besonderen Eigenart nicht gerecht wird. Ist deshalb der Vertriebsvertrag einem gesetzlichen Typ nicht unterzuordnen, so ergibt sich andererseits aus dem Bisherigen, daß die Rechtssätze eines Typs in ihrer Gesamtheit und unmittelbar nicht anwendbar sind; hier müssen wir aber eine Einschränkung machen, nämlich: - nur dann nicht anwendbar sind, wenn der Vertragsinhalt sich in verschiedene Elemente nicht analysieren läßt, von denen mindestens eines dem Inhalt eines gesetzlichen Typus entspricht. Insoweit die Rechtsfolgen dieses Vertragsbestandteils in Frage stehen, sind dann die Rechtssätze des betreffenden Typus' darauf anzuwenden. Näher wird darauf unten einzugehen sein. Wir stehen mit dieser Erörterung in dem allgemeinen Problem, ob die Normanwendung bei gemischten Verträgen eine unmittelbare oder analoge ist. Diese Frage ist - dies muß gegenüber einer entgegenstehenden methodisch und praktisch gleich verfehlten Auffassung betont werden -, von großer Bedeutung. Denn ist die unmittelbare Anwendung der betreffenden Rechtssätze zu bejahen, so ergibt sich aus § 1 GVG die unbedingte Unterwerfung des Richters unter das Gesetz. Beruht aber die Anwendbarkeit der Rechtssätze bloß auf dem selbständigen Vergleichen der vom Gesetz [1]

1) Nicht vom Gesetzgeber! Dies gegen H e c k, Auslegung, und die von der Interessenjurisprudenz vertretene historische, wenn auch objektiviert historische Methode der Gesetzesauslegung. Die Notwendigkeit einer lediglich objektiven Auslegungsmethode ergibt sich, was bisher nicht genügend beachtet wurde, bereits aus der philosophischen Scheidung von B e g r e i f e n und V e r s t e h e n, die rechtsmethodisch aufgenommen werden muß. Vgl. u.a. V i e r k a n d t, Geschichtsphilosophie 1925, 910 f., ferner R o t h a c k e r, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften 1927, 120 f. Der Sinn des Gesetzes als eines von seinem Urheber losgelösten, geistigen Sinngebildes ist nicht auf dem Wege des nacherlebenden, nacherschauenden Verstehens zu ermitteln, sondern nur durch die logische

geschauten Interessenlage mit der konkreten Interessenlage, wie sie im gemischten Vertrag zutage tritt, so ist die Stellung des Richters eine bedeutend freiere. Darin zeigt sich der Unterschied von unmittelbarer und analoger Rechtsanwendung.

Wenn Schreiber[1] sich nur für analoge, Hoeniger nur für unmittelbare Anwendung der Rechtssätze eines Typs auf gemischte Verträge entscheidet, so liegt in beiden Auffassungen eine Überspitzung des Problems. Denn bei den gemischten Verträgen, die als Bestandteil einen Typ vollständig enthalten, so daß die Eingangsnorm verwirklicht ist, ist unmittelbare Anwendung der betreffenden Rechtssätze und nur in den anderen Fällen analoge Anwendung geboten[2].

Die Auffassung Hoenigers hängt mit seinem allgemein verfolgten Ziel zusammen, die für einen gesetzlichen Typ gegebenen Normen im einzelnen zurückzuführen auf bestimmte Tatbestandselemente, die für die Normierung der einzelnen Rechtsfolgen wesentlich waren. Er erstrebt in Weiterverfolgung eines zuerst von G. Rümelin[3] geäußerten Gedankens eine "Zertrümmerung und Auflösung der gesetzlichen Vertragstypen[4]". Die Rechtsfolgen sollen nicht mehr an be-

---

Fortsetzung

Denktätigkeit des Begreifens. Der logische Charakter dieses Begreifens ist aber nicht der der erkennenden (kognitiven) Logik, sondern es ist ein volitiv-emotionales Denken, ein am Zweck und letztlich an der Rechtsidee ausgerichteter Willensdenkakt. Wissenschaft und Praxis (Richter) treten an die auszulegende Rechtsnorm nicht kognitiv heran; denn die Auslegung ist nicht bloßes Erkennen eines vorhandenen Ergebnisses. Sondern der Sinn der Rechtsnorm als eines normativen, volitiv geschaffenen Zustandes ist immer wieder und neu zu finden im Wege des volitiv-emotionalen Begreifens. - Vgl. dazu die bahnbrechenden Forschungen Heinrich Maiers, insbesondere Psychologie des emotionalen Denkens, 1908, S.40f., 349 f.; Beling, Methodik der Gesetzgebung, 1922, S.1 f., - zum Teil anders wie hier Manigk, der in der Auslegung eine rein kognitiv zu lösende Aufgabe sieht, aber übereinstimmend mit uns im Sinne der rein objektiven Methode. Vgl. dessen Artikel "Auslegung" im Hdwb. der RW. Zutreffend Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930.

1) a.a.O. S.210.
2) Vgl. dazu näher Sterner, Methode der Normenübertragung; Mauritz, Gemischter Vertrag 35.
3) Dienst- und Werkvertrag, S.320 f.
4) Hoeniger, Grundformen 387, 359 f.

stimmte Vertragstypen, d.h. an einen einheitlichen Gesamtvertragstatbestand geknüpft werden, sondern an Tatbestandselemente. Wenn ein Element des gesetzlichen Tatbestandes vorliegt, soll der Rechtssatz, der diesem Element entspricht, unmittelbar angewandt werden.

Die Klarstellung der inneren Beziehung der verschiedenen Rechtsfolgen zu den einzelnen gesetzlichen Tatbestandselementen[1] und die Aufdeckung ihrer Zusammengehörigkeit ist eine anerkannte Aufgabe der Rechtswissenschaft. Aber das Ziel dieser Aufgabe kann nur in der Erforschung der Möglichkeiten einer analogen Anwendung der Rechtssätze sein. Denn unmittelbar gelten die für einen Vertragstyp gegebenen Normen nur für den Vertragstatbestand, der sich mit dem Inhalt der Eingangsnormen deckt. Diese Auffassung ist nach den obigen Ausführungen de lege lata geboten. Es mag hier hervorgehoben werden, daß die Ausführung des Gedankens von Rümelin und Hoeniger eine Absage an die rechtstechnische Verwendung von Geschäftstypen bedeuten und das Ergebnis ein umfassendes allgemeines Schuldrecht sein und ein besonderes Schuldrecht sich erübrigen würde.
Ein besonderes Problem der nicht selbständig geregelten Schuldverträge gäbe es nicht mehr. Daß die Wissenschaft an der Durchführung dieses Gedankens zu arbeiten hat, wurde bereits oben betont. Der Gesetzgeber darf aber auf ein b e s o n d e r e s Schuldrecht nicht verzichten. Denn abgesehen von der großen Schwierigkeit[2] einer befriedigenden Durchführung dieses Gedankens - ist eine selbständige Regelung der wichtigsten Geschäftstypen für das Rechtsleben unentbehrlich. Es darf nicht nur an den streitschlichtenden, gelehrten Richter gedacht werden; das Recht verwirklicht sich nur zum Teil im Gerichtssaal, dorthin kommen nur die pathologischen Fälle. Die Rechtsgenossen selbst wollen eine klare und zusammenfassende Regelung im Gesetz; sie bedürfen einer möglichst klaren Übersicht über die vom Gesetz vorgesehen e n Rechtswirkungen der einzelnen Geschäftsarten[3].

1) Rümelin a.a.O. S.320 f.
2) Vgl. auch S c h r e i b e r, a.a.O. S.202 f., P l a n c k, a.a.O. Vorbem. v. § 433, Anm. 4.
3) Vgl. die treffenden Ausführungen über die Bedeutung richtiger Stoffgliederung von J u n g, Iher. J. 69, 31 f.

2. Abschnitt.

Die Inhaltsbestimmung des Vertriebsvertrages.

Wir haben als methodisch zunächst zu lösende Aufgabe erkannt, den I n h a l t des Vertriebsvertrages auf Grund der Interessenlage zu klären. Vor der Konstruktion, d.h. der rechtlichen Einordnung, muß die Auslegung den Vertragsinhalt feststellen.

Wir müssen hierbei ausgehen von dem abstrakten Vertragstatbestand, den die Rechtswissenschaft als den v e r k e h r s m ä ß i g e n Typus des Vertriebsvertrages herausgestellt hat. Die Auslegung des konkreten Vertragsinhalts wird oft Schwierigkeiten bereiten. Es kann hier auf die tiefgehende und ausführliche Erörterung Schmidt-Rimplers [1] hingewiesen werden. Er geht zwar hauptsächlich vom Unterschied des Kommissionsgeschäfts vom Kaufvertrag aus; aber infolge des Eigengeschäftscharakters des Vertriebsvertrages sind die von ihm herausgearbeiteten Gesichtspunkte für die Auslegung für unseren Vertrag zu verwerten [2].
Der Inhalt des Vertriebsvertrages wurde oben kurz dahin gekennzeichnet, daß jemandem ein Gegenstand mit der Maßgabe überlassen wird, daß der Empfänger, im Falle er die Sache verkauft oder selbst fest übernimmt, zur Zahlung eines bestimmten Preises, im anderen Falle zur Rückgabe verpflichtet sein soll. Zumeist wird eine Frist vereinbart, bis zu deren Ablauf der Empfänger sich zur Zahlung oder zur Rückgabe entschlossen haben muß.

Diese Verträge, die bei Betrachtung der knappen Regelung in verschiedenster Weise rechtlich konstruierbar scheinen, zeigen dann erst ihren wahren Gehalt, wenn die Interessenlage, die zu dieser typischen Vereinbarung führt, klargestellt wird. Damit

1) a.a.O. S.507 f., 574 f.
2) Über den - übrigens kaum vorkommenden Fall, daß kein überwiegender Gesichtspunkt für eine bestimmte Vertragsart spricht, vgl. richtig Manigk RG.-Praxis, S.763 Anm.81 gegen die unhaltbare Auffassung Schmidt-Rimplers, daß dann der ganze Vertrag unwirksam sei.

ist hier, wo es sich um die Behandlung des Vertriebsvertrages als eines verkehrsmäßigen Typs handelt, nicht die besondere und verschieden abgewandelte Interessenlage des Einzelfalls gemeint, sondern nur die typische.

Die Bezeichnung des Vertriebsvertrages als verkehrsmäßiger Typ ist im Hinblick auf sein großes Anwendungsgebiet gerechtfertigt. Es müßte im allgemeinen zwischen gesetzlichen Typen und verkehrsmäßigen Typen geschieden werden. Denn auch die vom Rechtsverkehr selbständig ausgebildeten Vertragsarten verdienen die Bezeichnung als Typen [1]. Eine rechtstatsächliche Untersuchung und Gegenüberstellung der Begriffe: gesetzlicher und verkehrsmäßiger Typ würde diesen Vorschlag wohl rechtfertigen.

Das Beispiel, das Hedemann in seinem Schuldrecht [2] seiner Erörterung des Vertriebsvertrages voranschickt, ist geeignet, die verkehrte Ansicht zu fördern, daß der Vertriebsvertrag lediglich in den Kreisen der Hausierer vorkomme, die "den Pfennig abnagend über Land ziehen [3]". Der Vertriebsvertrag bietet zwar kapitalarmen Gewerbetreibenden eine bedeutsame Hilfe zur Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit. Aber die wirtschaftliche Eigenart des Vertriebsvertrages knüpft durchaus nicht an eine bestimmte Vermögenslage der Parteien an, sondern an die U m s a t z f ä h i g k e i t des Vertragsgegenstandes.

Der Vertriebsvertrag kommt deshalb vor:
1. zwischen Warenerzeuger und Groß- oder Kleinhändler,
2. zwischen Groß- und Kleinhändlern untereinander,
3. zwischen Privatleuten und einem Händler,
4. zwischen Privatleuten untereinander.

Da der Vertriebsvertrag als lebendiger Vertragstypus gewertet werden muß, ist es notwendig, vorwiegend von den Kreisen auszugehen, die den Vertriebs-

1) Vgl. auch H e c k, Schuldrecht § 80,5, S.245.
2) S. 114.
3) So B r i n z, Kritische Blätter zivilist. Inhalts, I S.11. Von einem ähnlichen Fall wie Hedemann geht auch Reinhold, S.4 aus.

vertrag fast ausschließlich abschließen. Das sind die zu 1. und 2. genannten Berufskreise. Bei ihnen ist infolge des häufigen Abschlusses die Interessenlage des Vertriebsvertrages am schärfsten ausgeprägt. Wir werden uns daher vor allem bemühen, sie von hier aus zu erfassen.

Gegenstand des Vertriebsvertrages können neben beweglichen Sachen auch Grundstücke und Rechte sein[1]. Sein Hauptgegenstand aber sind bewegliche Sachen. Von diesem regelmäßigen Vertragsgegenstand muß die Erforschung der Interessenlage und der Rechtsnatur vor allem ausgehen.

Eine kurze rechtstatsächliche Übersicht über das wirtschaftliche Anwendungsgebiet des Vertriebsvertrages sei vorausgeschickt[2].

Im Ausfuhrhandel werden oft, Geschäfte unter der Bezeichnung "Konsignationen" abgeschlossen. Häufig ergibt eine interessengemäße Auslegung, daß es sich um Vertriebsverträge handelt.

Im Einfuhrhandel, insbesondere bei der Einfuhr amerikanischer Fleisch- und Fettwaren und der Einfuhr von Käse und Butter werden sehr häufig zwischen den ein- und ausführenden Händlern Vertriebsverträge abgeschlossen. Maschinen und Kraftwagen werden regelmäßig entweder fest verkauft oder im Wege des Vertriebsvertrages umgesetzt.

Im Binnenhandel: häufig werden über Weine mit Kleinhändlern und Gastwirten Vertriebsverträge abgeschlossen. Er ist typisch und wird fast ausschließlich im Pelzhandel angewandt. Die sogenannte Lederkommission ist zumeist ein Vertriebsvertrag. Vor allem kommt er unter der Bezeichnung Lagerkommission[3]

---

1) Ein Vertriebsvertrag über Rechte ist aber höchst selten. Die Besonderheiten des Vertriebsvertrages über Grundstücke und Rechte werden sich im Laufe der Untersuchung zeigen.

2) Zum Folgenden vgl. vor allem eingehend Schmidt-Rimpler S. 580, 587 f.

3) Viele der von D o v e - M e y e r s t e i n unter dem Stichwort Kommission gebrachten Gutachten der Handelskammer beziehen sich, worauf Schmidt-Rimpler, 586 Anm. 62, mit Recht hinweist, auf Vertriebsverträge.

sehr häufig vor; als hauptsächliche Gegenstände sind zu nennen: Maschinen, Möbel, Pianos, Flügel, Drogen, Musikinstrumente, elektrische und Casapparate, Teppiche u.a. [1]. Oft wird der Vertriebsvertrag zur Einführung neuer Firmen oder neuer Erzeugnisse verwandt. Vielfach werden auch Zeitungen durch Straßenhändler und Ladengeschäfte im Wege des Vertriebsvertrages übernommen. Häufig wird ein fester Verkaufspreis dem Vertriebsübernehmer vorgeschrieben. Eine solche Begrenzung der Gewinnspanne widerspricht dem Vertriebsvertrag nicht [2]. Nur wird in diesen Fällen der Unterschied zur Kommission häufig schwerer festzustellen sein.

Es kann heute als eine Tatsache angesehen werden, daß im Binnenhandel die Verkaufskommission durch den Vertriebsvertrag bereits stark zurückgedrängt worden ist [3].

Die Interessenlage beim Vertriebsvertrag.

Der Hingeber möchte seine Ware absetzen. Sein Ziel ist, für die Ware einen Gegenwert in Geld zu erhalten. Der unmittelbare Weg wäre, sich selbst an die Verbraucherschaft zu wenden und bei ihr unmittelbar die Waren abzusetzen.

Zwischen Produktion und Konsum hat sich aber der Handel eingeschoben [4]. In dieser Mittlerstellung des Handels liegt Entstehung und Notwendigkeit des Vertriebsvertrages begründet.

Der Kaufvertrag des BGB ist als reines Umsatzgeschäft ebenso zwischen Erzeuger und Verbraucher wie zwischen Erzeuger und Händler und auch zwischen Händler und Verbraucher verwendbar. Der Vertriebsvertrag aber ist seinem Wesen nach aufgebaut auf der

1) Daß auch Juwelierwaren darunter fallen, hat sich nach den Erkundigungen des Verfassers - entgegen der Annahme Schmidt-Rimpler nicht bestätigt.
2) So die allgemeine Meinung heute, Derenberg, S. 80; vgl. Marwege, S. 100; B.V.O. § 4; anders aber Weidling, 68.
3) Näher vgl. Schmidt-Rimpler a.a.O.
4) Vgl. Adolf Weber, Allgemeine Volkswirtschaftslehre 1932, S. 192 f.

besonderen Aufgabe des Handels als Vermittler zwischen Erzeuger und Verbraucher. Er ist undenkbar bei Ausschaltung des Handels, d.h. wenn der Erzeuger selbst den Vertrieb seiner Waren in die Hand nimmt und selbst an den Verbraucher ohne Zwischenschaltung einer selbständigen Mittelsperson verkauft.

Die Güterübertragung kann durch den Handel in verschiedener Gestalt übernommen werden.

Die häufigste Art ist die, daß der Händler die Waren vom Erzeuger k a u f t .Auch in diesem Fall weiß der Erzeuger wohl, daß die Vermögensverschiebung an den Händler, sei er Groß- oder Kleinhändler,volkswirtschaftlich gesehen, nicht endgültig ist. Der Händler kauft und erhält die Waren,weil er sie seinerseits weiter übertragen will, entweder zunächst an einen Zwischenhändler oder sofort an die Verbraucher. Aber dieses Weiterübertragungsziel bleibt beim Kauf in seinem entscheidenden Einfluß für Erzeuger und Händler bloß bei seiner Bedeutung als wirtschaftlicher Regulierungsmaßstab. Rechtlich bleibt es ohne Einfluß auf ihre gegenseitige Beziehung.Die Weiterübertragung ist in keiner Form zu einem rechtlich erheblichen Umstand innerhalb ihrer Rechtsbeziehungen erhoben.

Das Gegenstück hierzu bilden die Hilfsverhältnisse des Handels, die Rechtsverhältnisse der Agenten, Kommissionäre und Makler zu ihrem Geschäftsherrn. Sie sind zwar selbständige Gewerbetreibende, aber sie nehmen, volkswirtschaftlich gesehen, keine Zwischenstellung zwischen Erzeuger und Verbraucher hinsichtlich des Warenumsatzes ein.Denn sie handeln für Rechnung eines anderen, sei es eines Erzeugers oder eines Händlers.

Dieser Unterschied ist vor allem für die Scheidung Kommissionär und Eigenhändler bedeutsam,da der Kommissionär wie der Eigenhändler in eigenem Namen handelt.
Aber dieser Unterschied erfaßt nicht die ganze wirtschaftliche Verschiedenheit. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Jede Ware begleitet auf ihrem wirtschaftlichen Weg vom Erzeuger zum Verbraucher ein doppeltes Risi-

ko. Einmal das mit jedem Verkauf einer Ware übernommene Einstehenmüssen für volle Vertragserfüllung und vor allem die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel.

Das zweite Risiko der Ware entsteht nicht mit ihrem Verkauf, sondern endet mit dem Abschluß des Kaufvertrages. Es ist das Risiko, mit der Ware "sitzen" zu bleiben oder sie nur zu einem Preis absetzen zu können, der niedriger ist als der Einkaufspreis.

Man kann das erste Risiko das Vertragsrisiko, das zweite das Absatzrisiko nennen. Geschäftsrisiko wollen wir das erste deshalb nicht nennen, weil darunter das allgemeine Betriebs-, Unternehmensrisiko verstanden werden könnte.

Der Kommissionär trägt kein Risiko, weder das erste noch das zweite.

Der Händler trägt beide.

Daß der Kommissionär das Absatzrisiko nicht trägt, ergibt sich nicht aus dem Begriff des Handelns für fremde Rechnung (§ 383 HGB). Aus diesem der Kommission wesentlichen Begriff folgt nur, daß er das erste, das Vertragsrisiko, nicht trägt. Denn dieser Begriff betrifft nur die Frage, wen die Vorteile und Nachteile des e i n z e l n e n über die Ware mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages treffen sollen. Der Kommissionär muß das Geschäftsergebnis überführen an den Geschäftsherrn. Wenn er auch gegenüber dem Dritten selbst berechtigt und verpflichtet wird, so trägt doch durch das Kommissionsverhältnis der Geschäftsherr das oben gekennzeichnete Vertragsrisiko. Wirtschaftlich ist nicht der Kommissionär, sondern der Geschäftsherr der Verkäufer.

Daß der Kommissionär das Absatzrisiko nicht trägt, folgt aus dem Wesen des Kommissionsvertrages, nach dem der Kommissionär n u r zur H e r a u s g a b e des Erlangten verpflichtet ist. Dadurch ergibt sich das Fehlen des Absatzrisikos. Denn hat er die Ware nicht abgesetzt, so hat er gar nichts erlangen können. D a ß er im Falle des Verkaufs zur Herausgabe verpflichtet ist, folgt daraus, daß der Verkauf

– nur daran knüpft der Begriff des Handelns für fremde Rechnung an – "für Rechnung" des Kommittenten erfolgt.

Die Bedeutung der Scheidung des Absatzrisikos vom Vertragsrisiko zeigt sich praktisch dann, wenn beide Risiken nicht von derselben Person getragen werden.

Damit gewinnen wir einen bisher nicht beschrittenen Weg zur Einsicht in das Wesen des Vertriebsvertrages [1].

Der Vertriebsübernehmer steht wirtschaftlich gesehen zwischen Händler und Kommissionär.

Er übernimmt die Ware vom Hingeber (Erzeuger oder Händler) zum Verkauf an Dritte f ü r e i g e n e R e c h n u n g . Er trägt somit – und das verbindet ihn mit der wirtschaftlichen Stellung des Händlers – das V e r t r a g s r i s i k o .

Aber wenn er die Ware nicht absetzen kann, oder höchstens nur zu einem Preis, der niedriger ist als der von ihm an den Hingeber zu zahlende Betrag, so kann er die Ware zurückgeben. Er trägt somit nicht das A b s a t z r i s i k o , Dieses bleibt beim Hingeber. In dieser eigenartigen Risikoverteilung liegt das Wesen des Vertriebsvertrages.

Mit dem bloßen Kauf des Händlers hat er gemeinsam, daß der Verkauf an den Dritten, den Kunden, aus dem Innenverhältnis zum Hingeber völlig ausscheidet [2], denn er handelt für eigene Rechnung.

Damit schaltet er sich wie der Händler wirtschaftlich und rechtlich trennend zwischen Erzeuger und Verbraucher im Gegensatz zum Kommissionär, der sich nur rechtlich, nicht wirtschaftlich zwischenschaltet, da er selbst keinerlei Risiko übernimmt. Auch im Falle der Delcredere-Übernahme ändert sich

1) Derenberg, 8, zieht richtig den Gedanken der Risikoverteilung heran. Aber er faßt den Begriff des Handelns "für eigene Rechnung" nicht klar und spricht von einer Risikoabwälzung, obwohl gar kein Absatzrisiko übergeht, somit vom Vertriebsübernehmer nicht abgewälzt werden kann.

2) Vgl. zum Begriff des Handels für eigene Rechnung N u s s b a u m , Tatsachen, 50 f.; S c h m i d t – R i m p l e r , 553 f.

darin nichts, denn es tritt auch in diesem Fall keine Risikoverschiebung vom Kommitenten auf den Kommissionär rechtlich ein, denn es erfolgt eine Sicherung des Geschäftsherrn gerade wegen seines, bei ihm verbleibenden Vertragsrisikos. Wirtschaftlich allerdings steht der Kommissionär, der Delcredere übernommen hat, dem Vertriebsübernehmer nahe. Aber der große Unterschied zeigt sich z.B. darin, daß der Geschäftsherr sich sowohl an den Kommissionär wie - nach erfolgter Abtretung der Ansprüche - an den Dritten halten kann.

Nach dem Ausgeführten ergeben sich die zwei dem Vertriebsvertrag wesentlichen Merkmale:
1. Verkauf an den Dritten auf eigene Rechnung,
2. Verbleiben des Absatzrisikos beim Hingeber.

Der Verkauf an den Dritten ist aber nur ein Fall der Preiszahlungspflicht. Dem Vertriebsübernehmer steht es in jedem Falle frei, die Ware, auch vor einem Weiterverkauf oder ohne späteren Weiterverkauf selbst fest zu übernehmen. Es wäre verfehlt, hier von einem Selbsteintrittsrecht zu sprechen.

Das Selbsteintrittsrecht, das nach § 400 HGB dem Kommissionär in bestimmten Fällen vom Gesetz gewährt ist, ist nach heute herrschender Auffassung nur das Recht, die Kommission in besonderer Weise, nämlich durch Selbstübernahme, auszuführen. Nachdem das Gesetz, ebenso wie das Börsengesetz auch das neue HGB, sich der sogenannten von Hahn' schen Theorie[1] angeschlossen hat, ist der Charakter der Selbstübernahme als eine Art der Kommissionsausführung nicht zu leugnen.

Die Ausführung eines dem Vertriebsübernehmer übertragenen Geschäfts kommt aber, worauf unten noch näher einzugehen sein wird, gar nicht in Frage. Die Möglichkeit der Selbstübernahme ergibt sich deshalb

1) Vgl. von Hahn, Kommentar zum ADHGB 1875 2.Bd. Art. 376, Anm. 6. Dazu Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs 1899 S.55 f. Weidmann, Das Recht der Kommission, II, S.54. J.v. Gierke, Handelsrecht 517, Müller-Erzbach, Das Handelsrecht 635 und die Kommentare zu § 400.

nicht erst auf Grund eines besonders gewährten Rechts. In den meisten Fällen wird im Vertriebsvertrag diese Möglichkeit erwähnt, aber auch in den Fällen, in denen der Vertrag nur vom Verkauf an den Dritten und der dann einsetzenden Preiszahlungspflicht spricht, ergibt die Interessengemäße E n t f a l t u n g des ausdrücklich Erklärten, daß die Selbstübernahme unabhängig von einem Verkauf an einen Dritten dem Sinne des Vertrages entspricht.

Dies wird bei folgender Betrachtung deutlich. Der Hingeber will für die Ware den Preis erhalten. Aber er will sich nicht an die Abnehmerschaft selbst wenden. Der Grund kann in mangelnder Kenntnis des Absatzgebietes und seiner Menschen liegen, in den zu großen Kosten eines eigenen Vertriebes, in dem Streben, eine neue Warenart durch ortseingesesseneHändler einzuführen. Es sind die allgemeinen Gründe, die wirtschaftsgeschichtlich zur Herrschaft des Handels als Mittler zwischen Erzeuger und Verbraucher geführt haben.

Die Händler scheuen sich aber sehr oft, die Ware fest zu übernehmen, weil sie fürchten, durch Übernahme des Absatzrisikos BVerluste zu erleiden. Hier setzt die Aufgabe des Vertriebsvertrages ein. Das Absatzrisiko soll dem Händler erspart bleiben. Er soll erst dann zur Preiszahlung verpflichtet sein, wenn er die feste Übernahme als nicht mehr mit einem Absatzrisiko verbunden ansieht. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Händler für die Ware bereits einen Käufer gefunden hat. Aber es ist ebenso möglich, daß der Händler die Absetzbarkeit der Ware im Laufe der Zeit als sicher ansieht, und deshalb für ihn der Hinderungsgrund eines Absatzrisikos nicht mehr besteht. Ja, es ist möglich, daß er die Waren für sich selbst verwenden will. In allen diesen Fällen lautet die Entscheidung des Vertriebsübernehmers einheitlich dahin, daß er nunmehr die Ware f e s t übernehme.

Der Vertriebsvertrag ist somit nicht wie die Kommission auf Abschluß eines Ausführungsgeschäftes mit einem Dritten gerichtet. Die Gefahr, die bei der Kommission im Selbsteintritt für den Geschäftsherrn liegt, scheidet deshalb beim Vertriebsvertrag völ-

lig aus, denn der Hingeber kann sich in keinem Falle an den Dritten halten. Die Besonderheit des Selbsteintritts, daß der Geschäftsherr sich in diesem Falle nur an den Kommissionär halten kann, trifft nämlich in jedem Falle beim Vertriebsvertrag zu.

Wir haben somit folgende Punkte als Inhalt des Vertriebsvertrages festzustellen:

1. Hingabe der Ware (über die Einräumung der Verfügungsmacht vgl. unten).
2. Angabe des vom Vertriebsübernehmer zu zahlenden Preises.
3. Verpflichtung des Vertriebsübernehmers zur Preiszahlung bei fester Übernahme:
   a) im Falle der Selbstübernahme
   b) im Falle des Verkaufs an einen Dritten.
4. Der Hingeber hat den Preiszahlungsanspruch nur gegen den Vertriebsübernehmer.

Der Hingeber trägt das Absatzrisiko, der Vertriebsübernehmer das Vertragsrisiko, da er für eigene Rechnung handelt.

Dieser Grundtatbestand wurde nicht durch Aufstellung vom "Essentialien"[1], sondern durch den Nachweis einer typischen Interessenlage, die zum Vertriebsvertrag führt, gewonnen.

Wir haben damit nach der im ersten Teil entwickelten methodischen Forderung den Vertrags i n h a l t festgestellt.

Die weitere Frage ist: Hat die Verkehrssitte für diesen Grundtatbestand Regelungen und Erfahrungssätze ausgebildet, die eine ergänzende Auslegung im oben (S. 18) erörterten Sinne gestatten?

Die von Heck[2] mit Recht betonte Verkehrssitte, daß das Eigentum nicht mit der Übergabe an den Vertriebsübernehmer übergeht, ist als Auslegungsmittel für das rechtsgeschäftliche Verhalten der Parteien

1) Vgl. etwa die berühmten 4 Brinz'schen Essentialien, Kritische Bl. ziv. Inh. Nr. 1 S. 1 f. (1852).
2) Schuldrecht § 121 IV. Vgl. auch RG. Recht 08, Nr. 3118 für die sogenannte Konsignationsware.

zu verwenden. Es ist daher keine ergänzende Auslegung[1], wenn in der Übergabe eine dingliche Einigung über den Eigentumsübergang nicht gesehen wird, denn die Verkehrssitte d e u t e t damit nur den nicht eindeutig hervortretenden rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien[2].

Heck[3] will eine Verkehrssitte weiter dahingehend annehmen, daß nach dem Verkauf an den Dritten im Verhältnis des Vertriebsübernehmers zum Hingeber Kaufregeln anzuwenden sind. Aber das Bestehen einer solchen V e r k e h r s s i t t e kann nicht zugegeben werden. Schon die Frage, wann die Verpflichtung des Vertriebsübernehmers zur Preiszahlung entsteht, ist nicht mit dem Hinweis auf die Verkehrssitte zu lösen. So sieht gerade im Gegensatz zu der nach Heck bestehenden Verkehrssitte Schmidt - Rimpler[4] als Hauptfall an, daß die Preiszahlungspflicht erst mit der V e r ä u ß e r u n g entsteht. Die weitere Frage, ob diese Preiszahlungspflicht eine K a u f p r e i s s c h u l d ist, ist eine Frage der rechtlichen Einordnung des Vertriebsvertrages. Es scheint hier ein für die unrichtige Methode der Interessenjurisprudenz vielleicht typisches Beispiel vorzuliegen: Die begriffliche Einordnung wird als Hilfsmittel der Rechtsanwendung verworfen[5]. Da aber für die rechtliche Bewertung eines Tatbestandes rechtliche Anhaltspunkte notwendig sind, wird statt einer rechtlichen Einordnung, einer Konstruktion sehr schnell

1) S. dazu grundsätzlich Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 146 ff., 162 ff.

2) Es ist hierbei zu beachten, daß die Übergabe kein Vertrag, sondern der mit dem Willen des Besitzenden erfolgende Besitzerwerb ist. Denn mit der Erlangung der verkehrsmäßigen Gewalt über eine Sache „marschiert der Besitz als rechtmäßig ... geschützter Besitzstand".

3) a.a.O.

4) a.a.O. S. 532.

5) Vgl. z. Problem der Konstruktion S t o l l in Festgabe für Heck .., a.a.O. S. 112 f., T r i e p e l, Staatsrecht und Politik, 1926, S. 21, R ü m e l i n, Arch. f. R. u. W. Ph. 16, S. 344. H e c k, Anhang in Grundriß des Schuldrechts, § 2 S. 474 f. Vgl. neuerdings E d l i n, Zeitschrift für R. Ph. 137, S. 139 ff., und M a n i g k, Österr. Zentralblatt für die jur. Praxis, 1933, September-Heft.

das Vorliegen einer in gleiche Richtung weisenden Verkehrssitte oder je nach dem Einzelfall ein ähnliches Ergebnis nach Treu und Glauben angenommen. Es wird sich zeigen, daß für den Vertriebsvertrag die Kaufregeln heranzuziehen sind, aber auf Grund einer teleologisch vorgenommenen rechtlichen Einordnung des Vertrages in das System des BGB.

Verkehrssitten, die eine Rechtsfolgebestimmung über den Vertragsinhalt hinaus durch ergänzende Auslegung ermöglichen, bestehen für den Vertriebsvertrag nicht.

Die verschiedenen Fragen die der Vertriebsvertrag der rechtlichen Beurteilung bietet, sind daher nur durch Aufdeckung der Rechtssätze zu beantworten, die auf Grund der rechtlichen Einordnung des Vertriebsvertrages anwendbar erscheinen. Daß hierbei nicht die berüchtigte Inversionsmethode[1] befolgt werden darf, kann heute bereits als Allgemeingut der Rechtswissenschaft gelten und ist nicht eine Sonderforderung der Interessenjurisprudenz.

3. Abschnitt.

Die rechtliche Einordnung des Vertriebsvertrages auf Grund der Analyse des Vertragsinhalts.

Die rechtliche Einordnung des Vertriebsvertrages kann nach dem im ersten Teil gewonnenen methodischen Ergebnissen nur auf Grund einer Analyse des im zweiten Teil unserer Untersuchung gewonnenen Vertragsinhalts erfolgen.

Der Einteilungsgesichtspunkt, nach dem das BGB die meisten Schuldverträge ordnet, ist der des Leistungsinhalts[2]. Die Schuldverträge, die auf Güterbewegung gerichtet sind, haben zum Gegenstand, wie mit J u n g[3] kurz zusammenzufassen ist; Sache[4],

1) Vgl. die treffende Darstellung Iherings, Geist des römischen Rechts II,2 S.358 f. (die noch vor seiner Wandlung geschrieben ist).
2) Vgl. Leonhard, I, 321.
3) Iher. J. 60,68.
4) zum Teil auch Rechte.

Die erste Gruppe ist gerichtet auf endgültige Gegenstandsverschaffung, die zweite auf zeitweise Gegenstandsüberlassung und die dritte auf Leistung von Arbeit im weiteren Sinne.

Die im Zusammenhang mit dem Vertriebsvertrag zu betrachtenden Schuldverträge sind darnach im BGB geordnet.

Wir haben als methodische Forderung erkannt, daß der Vertriebsvertrag nur dann als atypischer Vertrag rechtlich gewertet werden darf, wenn sein Leistungsinhalt in keiner Weise den Leistungsinhalten gesetzlicher Typen entspricht.

Man muß sich hier über folgendes klar werden: Jeder gemischte Vertrag ist als einheitlicher Vertrag atypisch [1], denn er ist in seiner Einheit einem gesetzlichen Typ nicht unterzuordnen. Und doch ist die Scheidung des gemischten Vertrages vom atypischen Vertrag richtig. Aber sie hat nur Sinn, wenn damit die verschiedenartige rechtliche Behandlung beider Gruppen erfaßt wird.

Der Begriff des verkehrsmäßigen Typs führt zu keiner geeigneten Scheidung, denn auch solche Verträge, die bereits im Sinne des Verkehrs als selbständige Typen anzusehen sind, können gemischte Verträge sein. Man vergleiche z.B. den Pensionsvertrag. Brauchbar ist nur ein vom Gesetz ausgehender Maßstab. Dieser liegt in der Frage:
Kann der Leistungsinhalt zerlegt werden in solche Bestandteile, von denen mindestens einer einem gesetzlichen Typus entspricht [2]?

Denn wesentlich ist, wie bereits im ersten Teil der Untersuchung hervorzuheben war, ob Rechtssätze des besonderen Schuldrechts, wenn auch nur für einen

1) Vgl. auch S c h r e i b e r, Iher.J. 60, 107 f., 111. Vgl. auch oben S. 19.
2) Ebenso die richtige umfassende Begriffsbestimmung des gemischten Vertrages von Schreiber, a.a.O. 111; die von L e o n h a r d, I 327 f. vorgenommene Scheidung des gemischten Vertrages in Artverträge mit Beimischung und Verträge mit Artmischung steht unserer Abgrenzung in keiner Weise entgegen.

Bestandteil anzuwenden sind. Denn für den atypischen Vertrag (z. B. den Garantievertrag) fehlen solche Rechtssätze vollkommen. Der Umstand, daß Rechtssätze des besonderen Schuldrechts auf die gemischten Verträge, wenn auch nur im Rahmen eines Bestandteils, anzuwenden sind, weil der gesetzliche Typeninhalt in einen Bestandteil verwirklicht ist, ist bedeutungsvoll genug, darnach die gemischten Verträge von den atypischen zu scheiden.

Ein gemischter Vertrag kann ein so verwurzelter verkehrsmäßiger Typ sein, daß man bei oberflächlicher Betrachtung leugnen zu können glaubt, daß eine Analyse in Elemente zulässig sei. Der verkehrsmäßige typische Vertrag scheint nicht zerlegbar zu sein.

So wird denn der Vertriebsvertrag zumeist in die Gruppe der atypischen Verträge eingeordnet [1].

Aber diese Auffassung geht von dem Wortbild des "gemischt werdens" aus und glaubt deshalb, daß ein gemischter Vertrag nur durch Mischung vorher durch das Gesetz aufgestellter Typen entstehen könne. Aber dieses Bild ist methodisch verfehlt.

Wenn ein Vertrag als gemischter bezeichnet wird, so ist damit nicht seine Entstehung durch Mischung vorhandener Elemente gekennzeichnet. Die Bezeichnung ist nur der Ausdruck dafür, daß - ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung und Bildung des Vertrages - auf ihn ganz oder zum Teil die für andere Typen gegebenen Rechtssätze anwendbar sind, da eine Gruppierung der vereinbarten Rechtswirkungen nach dem Gesichtspunkt der Gleichheit mit gesetzlichen Typeninhalten möglich ist.

In diesem Sinne ist der Vertriebsvertrag als Mischvertrag anzusehen. Er weist nur insofern eine Besonderheit auf, daß die beiden Gruppen der vereinbarten Rechtswirkungen nicht zu gleicher Zeit, sondern - die eine auflösend, die andere aufschiebend - vom gleichen zukünftigen Ereignis in der Wirksamkeit bedingt sind (vgl. unten S.38 ff.).

Die gleichzeitige Wirksamkeit aller vereinbar-

1) Vgl. die Angaben oben S. 10 Anm. 4.

ten Rechtswirkungen ist für die Einordnung eines Vertrages in die Gruppe der Mischverträge nicht maßgebend.

Die nach Hoeniger[1] dem gemischten Vertrag eigentümliche Problematik, die Notwendigkeit der Anwendung von verschiedenartig kombinierten Rechtsfolgen auf einen einheitlichen Tatbestand, trifft auch hier zu, denn schon vor Bedingungseintritt übt das aufschiebend bedingte Kaufelement gewisse Rechtswirkungen aus (vgl. unten eingehend).

Das im Vorstehenden kurz aufgezeigte Ergebnis muß durch die Analyse des Vertragsinhalts bestätigt werden.

Wir sahen, daß der Vertriebsvertrag die vertragliche Lösung eines typischen Interessengegensatzes zwischen Hingeber und Vertriebsübernehmer darstellt. Das oben näher bezeichnete Absatzrisiko soll dem für eigene Rechnung handelnden Vertriebsübernehmer erspart bleiben.

Wie wird das erreicht?

Durch eine eigenartige Verknüpfung vom Kauf und Leihe.

Die beiden vereinbarten Leistungspflichten des Vertriebsübernehmers, Rückgabe oder Preiszahlung werden zumeist für sich allein betrachtet. Man übersieht den Zusammenhang der Rückgabepflicht mit der Leihe und der Preiszahlungspflicht mit dem Kauf und gelangt so dazu, den Vertragsinhalt in der Begründung einer Wahlschuld[2] oder einer alternativen Ermächtigung (Ersetzungsbefugnis)[3] des Vertriebsübernehmers zu sehen.

Diese Auffassungen, auf die näher erst unten eingegangen werden soll, erklären sich daraus, daß man sich an das berühmte "aut ... aut" der Pandekten (19,3)

1) Grundform, 326.
2) S. unten S. 72.
3) S. unten S. 73.

klammerte[1] und ausschließlich von den Pandektenstellen, statt vom Leben und der Interessenlage ausgehend die rechtliche Einordnung des Vertriebsvertrages versuchte. Insbesondere seitdem Brinz die vier Essentialien (aestimatio, vendendum dare, Alternativobligation, Recht auf den Mehrerlös) aufstellte[2], wagte man sich nicht, die Alternativobligation zu leugnen.

Ob es zur Rückgabe oder Preiszahlung kommt, hängt von einem ungewissen zukünftigen Ereignis ab. Dieses Ereignis ist die Entscheidung des Vertriebsübernehmers, daß er die Ware fest übernehme (vgl. oben S. 32). Damit fällt er die Entscheidung, daß für ihn der Hinderungsgrund eines Absatzrisikos nicht mehr bestehe und daß er deshalb nicht mehr des Schutzes vor dem Absatzrisiko bedürfe. Damit entsteht für ihn die Pflicht, den Preis für die ihm nun endgültig überlassene, dem Hingeber endgültig entzogene Sache zu zahlen. Die Hervorhebung dieser Preiszahlungspflicht im Vertriebsvertrag ist bloß die Betonung der Hauptverpflichtung des Vertriebsübernehmers in diesem Fall. Denn er wird, wenn er diese Entscheidung fällt, K ä u f e r der Ware.

Wenn sehr häufig in der Literatur[3] der Typus Kauf nicht oder nicht klar gesehen wurde, so meist aus folgenden Gründen: In dem Hauptfall der festen Übernahme, im Falle des Verkaufs an einen Dritten, sei die Annahme, daß der Vertriebsübernehmer die Rechte und Pflichten eines Käufers habe, unmöglich, weil ja nicht der Vertriebsübernehmer, sondern gerade ein anderer als er, der Dritte, die Ware erwerben wolle.

In dieser Begründung liegt eine Verkennung des Wesens des Schuldverhältnisses Kauf.

---

1) Es mag hier aber hervorgehoben werden, daß der der actio praescriptis verbis zugrunde liegende Tatbestand irrigerweise als der Typus des Vertriebsvertrages angesehen wurde. Vgl. dazu L e n e l, Edictum perpetuum, 3. Aufl. § 112; R a b e l, Holzendorffs Enzykl. 1915 I, S. 469, C r o m e, Röm. Privatrecht 1922 S. 179, vgl. ferner S c h u l z, Beiträge zum contractus aestimatorius; D e r e n b e r g, 32 f.

2) Krit. Bl. civ. Inh. I, S. 1 f.

3) Anders aber schon z. B. Hedemann, a. a. O.

Durch einen Kaufvertrag wird lediglich eine obligatorische Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer geschaffen, die nach dem regelmäßigen Vertragsinhalt auf Eigentums-[1] und Besitzverschaffung an den K ä u f e r gerichtet ist. Der Vertragsinhalt kann aber anders gestaltet sein und doch nicht seine Eigenart als K a u f v e r t r a g verlieren.

Ein einfaches zweifelsfreies Beispiel diene zur Erläuterung.

A schließt mit dem Buchhändler B einen Vertrag des Inhalts ab, daß ein im Katalog genau bezeichnetes Buch seinem Freunde F zu dessen Geburtstag zugeschickt werden soll; die Rechnung solle ihm, A, gesandt werden.

Wer wird darüber zweifeln, daß zwischen A und B ein Kaufvertrag vorliegt, und doch soll nicht A, sondern ein Dritter, F, das Buch erwerben.
An einen Eigentumsübergang auf A ist hier nicht zu denken.

Hier zeigt sich die Bedeutung des allgemeinen Schuldrechts, das selbst verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten vorsieht, durch die die Eigenart eines Typenvertrages nicht angetastet wird. § 328 BGB sieht selbst eine solche Gestaltung eines Schuldvertrages, also auch des Kaufs vor, bei der nicht der Vertragsgegner, der Käufer den Kaufgegenstand erwerben solle, sondern ein Dritter. Dies kann so gestaltet sein, - diesen Fall regeln die §§ 328 f. ex professo -daß der Dritte ein R e c h t gegen den Verkäufer auf Besitz- und Eigentumsverschaffung erwirbt, oder aber auch nur so, daß nur der Vertragsgegner Rechte gegen den Verkäufer erwirbt. In beiden Fällen soll nach dem Vertragsinhalt nicht der Käufer, sondern der Dritte den Gegenstand erwerben.

Daraus ergibt sich, daß es dem Kaufvertrag keineswegs wesentlich ist, daß der Käufer selbst Eigentum an der Ware erwerben soll.

Deshalb wird der Vertriebsübernehmer in jedem

---

1) Auf die Streitfrage ob die Eigentumsverschaffung Gegenstand einer Leistungspflicht oder einer bloßen Gewährleistungspflicht ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Falle der festen Übernahme, sei es, daß er die Ware für sich selbst fest übernimmt, sei es, daß er die Ware deshalb fest übernimmt, weil er für sie bereits einen Käufer gefunden hat, - K ä u f e r der Sache-. Im zweiten Fall bestimmt der Vertriebsübernehmer selbst darüber, ob Eigentum vom Hingeber unmittelbar an den Kunden, oder erst noch auf ihn selbst übergehen soll. Dieses Bestimmungsrecht ist auf Grund sinngemäßer Auslegung des Vertragsinhalts dem Vertriebsübernehmer eingeräumt. Bei Behandlung der dinglichen Rechtslage weiter unten wird darauf noch einzugehen sein.

Es hat sich somit gezeigt, daß die gegen die Annahme eines Kaufs (vom Eintritt der Bedingung an) vorgebrachte Begründung nicht stichhaltig ist, da beim Kauf nicht notwendig das Eigentum an den Käufer übergehen muß. Da der Vertriebsübernehmer zur Zeit seiner Entscheidung für feste Übernahme bereits im Besitze der Sache ist, kommt nur die Eigentumsverschaffungspflicht [1] in Frage.

Damit ist vom Zeitpunkt der festen Übernahme ab der Kaufcharakter der obligatorischen Beziehung zwischen Vertriebsübernehmer und Hingeber klargestellt.

Wie ist aber das Schuldverhältnis vor diesem Zeitpunkt und, im Falle eine feste Übernahme nicht erfolgt, zu beurteilen?

Dann soll nach dem Vertragsinhalt die Ware zurückgegeben werden. Diese Rückgabepflicht beruht auf dem Vertrage selbst.

So wie die Preiszahlungspflicht aus dem Vertragselement Kauf entspringt, so die Rückgabepflicht aus dem Vertragselement Leihe. Dies wird bei folgender Betrachtung deutlich. Dem eigenartigen Wesen des Vertriebsvertrags wird man nicht gerecht, wenn man ihn bloß als einen bedingten Kaufvertrag wertet. Abgesehen davon, daß die nähere Bestimmung dieser Bedin-

1) Vgl. Anm. 1 S. 40. Mit der Aufnahme des Sprachgebrauchs des BGB § 433 Abs. 1 ist die oben erwähnte Streitfrage in keiner Weise entschieden. Vgl. darüber L e o n h a r d, II, 35 f.

gung von den Vertretern dieser Auffassung ganz verschieden vorgenommen wird[1], ist die Einzwängung der dem Vertriebsvertrag typischen Interessenlage in die Konstruktion eines aufschiebend bedingten Kaufes nicht möglich. Denn die Kaufregeln allein reichen für die rechtliche Beurteilung des Vertriebsvertrages im Falle des Nichteintritts der Bedingung und für die Rechtslage vor Eintritt der Bedingung nicht aus. Beachtlich ist hier das Bekenntnis R i e z l e r s[2], der auch bloß einen aufschiebend bedingten Kauf annimmt, aber selbst zugibt, daß damit das eigenartige Wesen des Vertriebsvertrages nicht erschöpft sei.

Wenn oben die wirtschaftliche Zwischenstellung des Vertriebsvertrages zwischen Kauf und Kommission herausgestellt wurde, so darf dies nicht zu dem Fehlschluß verleiten, daß der Vertriebsvertrag rechtlich entweder ein Kaufvertrag oder ein besonders gearteter Kommissionsvertrag[3] sei. Daß letzteres nicht in Frage kommt, folgt zwingend aus dem gesetzlichen Begriff der Kommission (§ 383 HGB), mit dem das Handeln für eigene Rechnung unvereinbar ist. Hinzu kommt, daß eine V e r p f l i c h t u n g des Vertriebsübernehmers zum Verkauf im Inhalt des Vertriebsvertrages in keiner Weise enthalten ist. Wird sie aber vereinbart, so liegt kein Vertrag auf Besorgung eines vom Hingeber dem Vertriebsübernehmer ü b e r t r a g e n e n Geschäfts f ü r den Hingeber vor. Denn der Verkauf der Ware durch den Vertriebsübernehm e r ist, da er für eigene Rechnung erfolgt, kein Geschäft des Hingebers. Er berührt nur mittelbar seinen Rechtskreis[4].

1) Eingehend darüber unten S. 68 f.
2) a.a.O. S. 102.
3) So in der Tat G e n g l e r, Lehrbuch des deutschen Privatrechts 854 (1866) § 105, S. 468, der schlechthin eine Verkaufskommission annimmt. Ebenso für das Konditionsgeschäft: G e r b e r, D. Privatrecht 867, § 199 Note 10. Hillebrand, D. Privatrecht 866, S. 136. Ferner Häpe, zit. b. Weidling, a. a. . 2 f., 132 f. Vgl. auch Baron. Pandekten 1893 § 307: mandatum mea et tua gratia.
4) Auf die weiteren Unterscheidungen und Streitfragen z. Begriff des Geschäfts in den §§ 662, 675 (und auch 676) ist hier nicht einzugehen. Vgl. P l a n c k s Kommentar, a.a.O. § 662 II, Ennecc erus-Lehmann, a. a.O. § 157; RGR-Kommentar, a.a.O. Vorbem. 2 vor 662; wie oben Leonhard II, 246.

Wenn im Einzelfall eine Pflicht zu Verkaufsbemühungen vereinbart wird, so ist es eine innerhalb des Leiheelements vereinbarte und zulässige Verpflichtung, deren Inhalt im folgenden mitgeklärt werden soll.

Das Verbleiben des Absatzrisikos beim Hingeber begründet somit nur wirtschaftlich, nicht rechtlich eine Ähnlichkeit mit der Kommission.

Das Verbleiben des Absatzrisikos beim Hingeber läßt sich vielmehr durch das zweite Vertragselement rechtlich erfassen.

Der Vertriebsübernehmer erhält die Ware, da er sie zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht festübernehmen will, mit dem Recht, sie in seinem Gewerbebetrieb oder bei sonstigen Gelegenheiten zum Zwecke der Orientierung über ihre Umsatzfähigkeit zu gebrauchen. Er darf sie (wann er auch dazu verpflichtet ist, ist erst unten zu erörtern) in seinen Geschäftsräumen ausstellen, auf Geschäftsreisen mitführen, um sie Kauflustigen anbieten und vorzeigen zu können, er darf sie zur Ansicht versenden, kurz zu all den Zwecken g e b r a u c h e n, die der Sicherung ihrer Absatzmöglichkeiten dienen. Zu einem so durch den Vertrag umgrenzten Gebrauch wird ihm meist auf bestimmte Zeit die Sache überlassen, damit er den für ihn jetzt bestehenden Hinderungsgrund des Absatzrisikos zu beseitigen vermag.

Es ist falsch, wenn Marwege[1] die Leihe deshalb ablehnt, weil diese ein reines Gefälligkeitsgeschäft auf Seiten des Verleihers sei, während beim Vertriebsvertrag der Hingeber auch sein eigenes Interesse im Auge habe. Denn die Leihe ist wesentlich nur unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, d.h. es stehen sich nicht zwei Verpflichtungen als gegenseitiger Austausch[2] gegenüber. Jede unentgeltliche Gebrauchsüberlassung ist, weil nicht Miete, Leihe. Sie ist daher ebensowohl gegeben, wenn sie nur im Interesse des Entleihers oder im beiderseitigen Interesse erfolgt[3].

1) S.45.
2) Vgl. L e o n h a r d, I S.335.
3) Ebenso Enneccerus, Schuldrecht § 361, Anm.1; vor allem D e r n b u r g, Bürgerl. Recht II,2 S.236.

Ein solcher Fall einer im beiderseitigen Interesse abgeschlossenen Leihe liegt beim Vertriebsvertrag vor, nur daß die Leihe bloß ein Element innerhalb des Vertriebsvertrages bildet. Daß damit der Vertriebsvertrag nicht zu einem partiarischen Geschäft[1] wird, ergibt sich bereits daraus, daß der vom Vertriebsübernehmer zu zahlende Preis feststeht und nicht eine Gewinnbeteiligung des Hingebers, sondern ein Kaufpreisanspruch bei fester Übernahme durch den Vertragsübernehmer gegeben ist.

Unter Gebrauch bei der Leihe ist nicht notwendig uneingeschränkte Verwendbarkeit zu verstehen. Der Gebrauch wird vielmehr regelmäßig durch den Vertrag näher begrenzt werden. § 603, 1 BGB. So ist es Gebrauchsüberlassung, wenn einem Ausstellungsveranstalter ein Auto zum Ausstellen, aber nicht zum Fahren, überlassen wird. Beim Vertriebsvertrag ist der Gebrauch in ganz bestimmter, oben S.43 bereits aufgezeigter Richtung begrenzt.

Und doch ist der Gebrauch beim Vertriebsvertrag anders wie bei der Leihe. Denn durch den Gebrauch im Sinne des gesetzlichen Typus Leihe darf die Sache dem Verleiher nicht e n t z o g e n werden. Es ist dagegen das vertragsmäßig vereinbarte Ziel des Gebrauchs beim Vertriebsvertrag, daß der Absatz der Ware herbeigeführt wird. Durch diese dem Gebrauch nach dem Vertragssinn innewohnende Tendenz gewinnt das Leiheelement einen dem gesetzlichen Typ nicht mehr ganz entsprechenden Charakter.

Zwar scheint die Rückgabepflicht nicht zum typischen Inhalt des Leihevertrages zu gehören, denn sie ist in der Eingangsnorm § 598 nicht erwähnt. Anders bei der Miete § 535, in dem die bloß z e i t - w e i s e Überlassung mit den Worten: "während der Mietzeit" zum Ausdruck kommt. Die Rückgabepflicht scheint daher bloß eine durch ergänzenden Rechtssatz bestimmte Rechtsfolge zu sein, § 604. Diese Auffassung ist aber, wie sich bereits oben S. 20 bei der methodischen Untersuchung ergab, deshalb nicht richtig, weil wir hier einen Fall vor uns haben, bei dem die Eingangsnorm nicht sämtliche Tatbestandsstücke enthält.

1) Vgl. C r o m e, Partiarische Rechtsgeschäfte, S.24

Die nachfolgenden Rechtssätze sind zur Inhaltsbestimmung des Typus Leihe heranzuziehen. Welche von ihnen zum bindenden Vertragsinhalt des gesetzlichen Typs gehören, kann nur, da das Gesetz schweigt, aus der Verkehrsanschauung entnommen werden. Sie ist ja, wie sich zeigte, die ursprüngliche Grundlage der gesetzlichen Typen und ist deshalb befähigt und berufen, bei der Inhaltsbestimmung eines Typus herangezogen zu werden.

Eine Gebrauchsüberlassung, die darauf gerichtet ist, daß d u r c h den Gebrauch die Rückgabe der Sache möglichst vermieden wird, ist im Sinne des Verkehrs keine Leihe mehr. Die Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen bestätigt die Auffassung, daß das Gesetz die Rückgabepflicht als dem Leihvertrag typisch ansieht. Vgl. §§ 604, 605, ferner für die entgeltliche Gebrauchsüberlassung § 535 f.

Beim Vertriebsvertrag hängt es von einem ungewissen zukünftigen Ereignis, der Entscheidung des Vertriebsübernehmers für feste Übernahme, ab, ob die Gebrauchsüberlassung "übergehen" soll in endgültige Sachverschaffung. Während bei der Leihe im Sinne des Gesetzes ein rechtliches Spannungsverhältnis geschaffen wird, das seine Lösung durch Rückgabe, durch die Heimschlagung[1] der Sache an den Hingeber finden soll, ist der Sachüberlassung beim Vertriebsvertrag eigentümlich, daß der vertragsmäßige Gebrauch die Heimschlagung unnötig machen soll. Die Sache soll nur dann zurückgegeben werden, wenn es nicht zur festen Übernahme durch den Vertriebsübernehmer kommt. Die Wirkungen des Leiheelementes sollen aufhören, wenn die Wirkungen des Kaufelements eintreten. Die nähere rechtliche Bestimmung des "Übergangs" der Leihewirkungen in die Kaufwirkungen wird uns oben noch besonders beschäftigen.

Durch die Verknüpfung des Leiheelementes mit dem gerade entgegengesetzten, weil auf endgültige Sachüberlassung gerichteten Kaufelement ist die Eingangsnorm des gesetzlichen Typus Leihe nicht mehr verwirklicht. Nach den oben im ersten Teil gewonnenen methodischen Ergebnissen kommt daher nur eine

1) Vgl. zum Ausdruck Chambon, S. 93; Marwege a.a.O. S. 53.

entsprechende Anwendung der für die Leihe gegebenen Rechtssätze in Betracht.

Die unmittelbare Anwendung der Leiheregeln paßt auch deshalb nicht auf den Vertriebsvertrag, weil er auch Rechte zum Gegenstand haben kann [1]. Eine Leihe von Rechten gibt es aber im Sinne des Gesetzes nicht. In diesen Fällen wäre daher schon aus diesem Grund nur eine analoge Anwendung möglich [2].

Die Analyse des Vertragsinhalts hat somit ergeben: Vom Zeitpunkt der festen Übernahme durch den Vertriebsübernehmer ab treten die Rechtswirkungen des Kaufelements ein. Von da ab sind deshalb die Rechtssätze des Typus Kauf unmittelbar anzuwenden. Bis zur festen Übernahme und im Falle der Vertriebsübernehmer die Ware nicht fest übernimmt, ist das dem gesetzlichen Typus Leihe eigene Element wirksam. Für die entsprechende Anwendbarkeit der für den Typ Leihe geltenden Rechtssätze spricht auf Grund der Klarstellung der Rechtsähnlichkeit eine Analogiehypothese [3]. Inwieweit die einzelnen Rechtssätze der §§ 598 bis 606 entsprechend anzuwenden sind, wird unten (S. 81 ff) besonders erörtert werden.

Es hat sich ergeben, daß die Wirksamkeit der im Vertriebsvertrag enthaltenen Elemente nicht wie bei den sonstigen Mischverträgen zugleich eintritt, sondern daß die Rechtswirkungen des Kaufs erst bei fester Übernahme durch den Vertriebsübernehmer eintreten.

Wenn Rechtswirkungen eintreten oder aufhören sollen, wenn ein in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis eintritt, so haben wir die Rechtsfigur der

1) Der Gebrauch besteht dann darin, daß der Vertriebsübernehmer die über das Recht ausgestellten Urkunden vorzeigen kann, vgl. z.B. Aktien, Schuldverschreibungen. - Ist eine Urkunde nicht übergeben, so besteht die Überlassung in einem bloßen Gestatten der Verfügung. Vgl. Enneccerus, § 360, 2 zur Leihe eines Rechts.

2) Ebenso Enneccerus, Schuldrecht § 360, 2.

3) Vgl. S t o l l , Arch.f.d.civ. Prax. a.a.O. 117.

Bedingung vor uns.

Die Annahme einer Bedingung ist deshalb geboten, weil nach dem Abschluß des Vertriebsvertrages vertragliche Vereinbarungen zwischen Hingeber und Vertriebsübernehmer nicht vorgenommen werden. Alle Rechtswirkungen, die sich aus vertraglichen Abmachungen ergeben sollen, müssen deshalb in diesem einmaligen Vertragsschluß begründet sein. Spätere vertragliche Abreden können ohne Fiktion nicht angenommen werden.

Nach § 158 Abs. 1 tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der Bedingung ein. Bei der auflösenden Bedingung endigt nach § 158 Abs.2 die - hier sind die Worte des Abs. 1 zu ergänzen: "von der Bedingung abhängig gemachte" - Wirkung des Rechtsgeschäftes. Die Einheit des Vertriebsvertrages wird, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 158 ergibt, in keiner Weise gestört, wenn nicht sämtliche Rechtswirkungen, sondern nur eine bestimmte Gruppe vom Eintritt der Bedingung abhängen. Denn nur die von der Bedingung abhängig g e m a c h t e Wirkung endigt oder beginnt. Im Vertriebsvertrag sind deshalb die verschiedenen Rechtswirkungen in folgender Weise bedingt.

Entscheidet sich der Vertriebsübernehmer für feste Übernahme, so endigen die Rechtswirkungen des leiheähnlichen Elements.

Entscheidet sich der Vertriebsübernehmer n i c h t für die feste Übernahme, so bleibt es bei den Rechtswirkungen des Leiheelements. Durch dieselbe Bedingung ist also die Wirksamkeit des leiheähnlichen Elements auflösend, des Kaufelements aufschiebend bedingt. Hierbei ist aber hinsichtlich der Beendigung der Leihewirkungen zu beachten: Während im allgemeinen bei Beendigung der Wirksamkeit eines Leihvertrages der Rückgabeanspruch des Verleihers fällig wird, wird beim Vertriebsvertrag mit Bedingungseintritt nicht nur der Rückgabeanspruch nicht fällig, sondern er erlischt.

Deshalb ist die Nichtrückgabe der Sache nicht so aufzufassen, daß der Vertriebsübernehmer infolge des Eintritts der Kaufwirkungen gegen den fällig wer-

denden Rückgabeanspruch die Einrede eines Rechts zum Besitz geltend machen könne, etwa im Sinne einer exceptio doli generalis aus dem Gesichtspunkt "dolo facit qui petit quod statim redditurus sit". Eine solche Auffassung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertriebsvertrag aus zwei Verträgen bestände, was aber, wie sich unten ergeben wird, unhaltbar ist.

Die Besonderheit, daß die Wirksamkeit des Leihelements mit dem U n t e r g a n g des Rückgabeanspruchs endigt, weil zugleich das Kaufelement wirksam wird, beruht auf dem Vertragsinhalt.

Die dargestellte Abhängigkeit der verschiedenen Rechtswirkungen von der Entscheidung des Vertriebsübernehmers, daß er die Ware selbst übernehme, beruht aber nicht auf einer dem Vertriebsvertrag h i n z u g e f ü g t e n Bedingung, sondern sie ist dem Vertriebsvertrag wesentlich. Deshalb wäre die Vorstellung verfehlt, daß die Parteien diese Abhängigkeit besonders vereinbarten.

Der Inhalt des Vertriebsvertrages wird vielmehr durch die Annahme der oben gekennzeichneten gleichzeitig aufschiebenden und auflösenden Bedingung rechtlich eingeordnet in das System des BGB.

Wir gewinnen damit eine klare Grundlage für die rechtliche Behandlung des Vertriebsvertrages. Denn mit dem farblosen Begriff des "Übergangs" des Schuldverhältnisses in ein anderes[1] ist methodisch nichts gewonnen.

Die nähere Bestimmung dieser Bedingung und die sich daraus ergebenden Folgen für die rechtliche Beurteilung werden uns weiter unten beschäftigen.

---

1) So H e d e m a n n , Schuldrecht 115. Auch die von E n d e m a n n , Lehrbuch des Bürgerl. Rechts I, 1902, S. 666 Anm. 4 b zu 1 gebrachte Gruppe von "Schuldverhältnissen, die später in ein anderes übergehen", ist nur so rechtlich klar erfaßbar. Vgl. unten S. 64.

Die Analyse des Vertragsinhalts hat die bereits zu Anfang der Untersuchung geäußerte Ansicht, daß der Vertriebsvertrag ein Mischvertrag sei, bestätigt. Denn es konnten zwei Vertragselemente aufgewiesen werden, von denen das eine dem gesetzlichen Typus Kauf vollkommen entspricht. Für die Rechtswirkungen des zweiten Elements sind die Rechtssätze der Leihe analog anzuwenden [1].

Innerhalb der Gruppe der Mischverträge sind zwei Arten zu unterscheiden [2]:

1. Die Verträge, bei denen beide Elemente gleichgeordnet sind. Treffender ist eine negative Bestimmung dahingehend, daß bei ihnen ein Element dem anderen n i c h t u n t e r g e ordnet ist.

   In diesen Fällen gelten für jedes Vertragselement die ihm entsprechenden Rechtssätze. Und für den ganzen Vertrag gelten die Erfordernisse, die sich aus den einzelnen Teilen ergeben.

2. Die Verträge, bei denen ein Vertragselement ü b e r w i e g t .

   Die in dem einen Vertragselement vereinbarten Leistungen erscheinen als N e b e n leistungen. In diesen Fällen gelten für den ganzen Vertrag die Rechtssätze des überwiegenden Vertragselements.

Die Einordnung des Vertriebsvertrages in einen dieser beiden Gruppen des gemischten Vertrages ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Denn überwiegt ein Vertragselement, so ist z.B. die Formfrage nur nach den für dieses Element geltenden Rechtssätzen zu beurteilen. Überwiegt das leiheähnliche Element, so ist ein Vertriebsvertrag über ein Grundstück [3]

1) Vgl. oben S. 46 und unten S.82.
2) Vgl. Leonhard, I, 327 ff. Regelsberger, Iher.J.48, 452 f.
3) Vgl. Thorbeck, Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag; Es ist an dieser Stelle hervorzuheben, daß auch hier ein "Gebrauch" gestattet wird, die Besichtigung, Untersuchung usw. des Grundstücks.

formfrei. Sind beide Elemente gleichgeordnet, so bedarf er der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. § 313 BGB.

Das wirtschaftliche Ziel des Hingebers ist, den Preis zu erhalten. Aber dem Vertriebsvertrag ist es gerade eigentümlich, daß er dieses Ziel nur dann erreicht, wenn der dem Vertriebsübernehmer ermöglichte Gebrauch der Sache dazu führt, daß er sie ohne Absatzrisiko fest übernehmen kann. Auch der Vertriebsübernehmer w ü n s c h t , daß es zur festen Übernahme kommt. Denn er will die Ware gewinnbringend verwerten.

Aber weil es unbestimmt ist, ob der Vertriebsübernehmer infolge des noch bestehenden Absatzrisikos sich für die feste Übernahme wird entscheiden k ö n n e n , werden rechtlich beide Möglichkeiten als gleich wahrscheinlich und deshalb gleichgeordnet in den Vertrag aufgenommen. Rechtlich überwiegt deshalb kein Vertragselement. Ja sogar wirtschaftlich ist kein Vertragsbestandteil übergeordnet. Denn gelangt der Vertriebsübernehmer nicht zur Entscheidung, die Ware fest zu übernehmen, so soll sich gerade erweisen, daß er das Absatzrisiko nicht trägt. Dann sollen die Kaufwirkungen nicht eintreten, sondern es soll bei den Wirkungen der Gebrauchsüberlassung bleiben, die Ware ist zurückzugeben. Beide Fälle des dem Vertriebsvertrag typischen Entweder-Oder werden von den Parteien v e r t r a g l i c h geregelt.

Enneccerus-Lehmann[1] kennzeichnet die Unterordnung eines Vertragsbestandteils unter den Hauptbestandteil dahin, daß in ihm Nebenleistungen versprochen werden, die für sich allein nicht in Betracht kommen, sondern nur die Hauptleistung ermöglichen oder fördern sollen, die sich nur als Mittel zur Bewirkung der Hauptleistung darstellen. Er zieht den § 651 BGB als Beispiel heran. Beim Werklieferungsvertrag überwiegt dann das Kaufelement, wenn sich die Herstellung bloß als Mittel zur Bewirkung der Lieferung darstellt. Hingegen überwiegt die Werkherstellung, wenn der Hersteller nur nebensächliche Zutaten lie-

1) Vgl. schon Enneccerus, Schuldrecht, a.a.O. S. 313.

fert, weil diese Lieferung nur als Förderung der Werkherstellung erscheint.

Welches ist aber beim Vertriebsvertrag die H a u p t l e i s t u n g ?

Aus dem Vorhergehenden erhellt bereits, daß dem Vertriebsvertrag gerade eigentümlich ist, daß man weder die Preiszahlung noch die Rückgabe als Hauptleistung ansehen kann. Denn der Vertriebsvertrag ist eine Kompromißlösung. Beide Leistungen sind gleichgeordnet. Es ist hierfür bezeichnend, daß in der Literatur sowohl die Rückgabe wie die Preiszahlung als d i e Hauptleistung hingestellt wird.

Aber der Begriff der Hauptleistung paßt für den Vertriebsvertrag nicht. Wenn Fr. Leonhard[1] die Leihe als überwiegend ansieht, so kann dem schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil damit die im Vertriebsvertrag liegende Tendenz, durch die Entscheidung des Vertriebsübernehmers das auf U m s a t z der Ware gerichtete Vertragselement wirksam werden zu lassen, völlig unterdrückt würde. W e n n ein Vertragsbestandteil, der die Vereinbarung über die Hauptleistung enthält, in Frage kommt, so könnte es nur das Kaufelement sein. Aber damit würde nur e i n e Möglichkeit, der W e g f a l l des Absatzrisikos als Hinderungsgrund für die feste Übernahme, in den Vordergrund der rechtlichen Betrachtung gerückt; das F o r t b e s t e h e n des Absatzrisikos ist aber von den Parteien als ebenso möglich und die Regelung für diesen Fall als ebenso wichtig in den Vertrag aufgenommen (vgl. dazu oben S.50).

Deshalb ist weder das leiheähnliche Element ein Mittel zur Bewirkung eines H a u p t erfolges (Kauf) noch das (in der Wirksamkeit aufschiebend bedingte) Kaufelement.

Der Vertriebsvertrag gehört deshalb zur Gruppe derjenigen Mischverträge, bei denen eine A r t m i s c h u n g vorliegt, und nicht bloß einem Typenvertrag eine andere Vertragsart untergeordnet, b e i g e m i s c h t ist. Die Besonderheit der beim Vertriebsvertrag vorliegenden Artmischung liegt nur dar-

1) Schuldrecht II, 184.

in, daß die beiden Vertragselemente vom gleichen zukünftigen ungewissen Ereignis, das eine auflösend, das andere aufschiebend in der Wirksamkeit bedingt sind.

Die Eigenart des Vertriebsvertrages, eine solche Verknüpfung von zwei einander inhaltlich entgegengesetzten Vertragselementen, Gebrauchsüberlassung - endgültige Gegenstandsverschaffung (Kauf) soll von einer bisher nicht beachteten Seite noch beleuchtet werden.

Auch das Darlehen enthält eine Mischung von Gebrauchsüberlassung und Veräußerung [1]. Der Darlehnsgegenstand wird zu Eigentum übertragen: Insofern Veräußerung, endgültige Gegenstandsverschaffung. Aber der gleiche Geldbetrag oder bei anderen vertretbaren Sachen Sachen von gleicher Art, Güte und Menge müssen zurückerstattet werden. Insofern kann man beim Darlehen mit Recht von einer Kapitalleihe [2] und Sachleihe sprechen, d.h. es liegt insofern G e b r a u c h s ü b e r l a s s u n g vor. Man könnte entsprechend nun daran denken, den Vertriebsvertrag in folgender Weise rechtlich zu betrachten:
Die Ware wird dem Vertriebsübernehmer, der regelmäßig ein Händler ist, d.h. sich gewerbsmäßig mit dem Umsatz von Waren befaßt, mit Gestattung ihres Gebrauchs übergeben. Aber dieser Gebrauch hat hier einen ganz anderen als den oben gekennzeichneten Sinn.

Die Waren, die der Vertriebsübernehmer für den Umsatz bereit hält, sind nach § 92 II BGB als v e r b r a u c h b a r e Sachen im Sinne des Gesetzes anzusehen. Auch verbrauchbare Sachen werden g e b r a u c h t . Denn das Gesetz, § 92, I, BGB sagt ausdrücklich bei der Begriffsbestimmung der verbrauchbaren Sachen, daß ihr bestimmungsgemäßer G e b r a u c h im Verbrauch oder in der Veräußerung bestehe.

1) Vgl. L e o n h a r d, II, 185; K o h l e r, Bürg. Arch. 33, 1 f.; L ü b b e r t, Iher. J. 52, 313 f.
2) Leonhard, a.a.O. Über die Streitfrage ob ein verzinsliches Darlehen als entgeltliches Geschäft anzusehen ist, vgl. Heck, § 105 f. gegen die mit Recht h.M. - Neuestens Genzmer, Arch. z. Pr. 137, 194 ff.

Sobald die dem Vertriebsübernehmer übergebene Sache Bestandteil seines Warenlagers wird, ist sie im Sinne des Gesetzes zur verbrauchbaren Sache geworden. Denn ihr bestimmungsmäßiger G e b r a u c h besteht in der Veräußerung. Man könnte daher so vorgehen: D i e s e r Gebrauch ist dem Vertriebsübernehmer vom Hingeber gestattet. Der Vertriebsvertrag ist daher bloß eine Leihe verbrauchbarer Sachen.

Diese Auffassung läßt sich aber nicht halten. Ohne daß hier auf die Frage einzugehen ist, ob auf eine solche "Leihe" die gesetzlichen Leiheregeln [1] oder nur die Darlehnsvorschriften anzuwenden sind, - bei der Leihe verbrauchbarer Sachen besteht jedenfalls Rückerstattungspflicht. Die Parteien haben es zwar in der Hand, zu bestimmen, was sie als dem hingegebenen, überlassenen Gegenstand g l e i c h w e r t i g ansehen. Ist die Sache nicht v e r t r e t b a r (§ 91 BGB), so können zwar die Darlehnsvorschriften nicht mehr angewandt werden, weil Darlehnsgegenstand nach § 607, der Eingangsnorm des Typus Darlehen, nur vertretbare Sachen sind. Aber die Rückerstattungspflicht besteht doch.

Haben die Parteien als gleichwertigen Gegenstand aber von vornherein einen Geldbetrag als Gegenwert bestimmt, der anstelle der überlassenen Sache "zurückerstattet" werden soll, so dürfen wir nicht mehr von einer Leihe, oder einem Darlehen sprechen, sondern es liegt dann bereits der Typus Kauf vor. Wo als vertragsmäßig vereinbarter Gegenwert für die Veräußerung eines Gegenstandes eine Geldsumme gezahlt und nicht eine Sache gleicher Art erstattet werden soll, müssen wir auf den gesetzlichen Typ Kauf zurückgreifen.

Da aber diese Preiszahlungspflicht erst in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem der Vertriebsübernehmer sich für die feste Übernahme entscheidet, finden wir im Vertriebsvertrag einen rechtlich von der Bedingung abhängigen "Übergang" der Leihewirkungen in die Kaufwirkungen.

1) S c h r e i b e r , Iher.J.60,162 weist mit Recht darauf hin, daß der in der Literatur übliche Hinweis auf die dann anzuwendenden Darlehnsregeln das Problem nicht löst.

Eine rechtliche Erscheinung drängt sich uns auf Grund unserer obigen Betrachtung zum Vergleich auf. Das Gesetz kennt selbst einen Fall, bei dem zunächst die Rechtswirkungen einer auf Rückgabe der hingegebenen Sache selbst gerichteten Vertragsart eintreten; tritt aber ein bestimmtes in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis ein, so hören die Rechtswirkungen dieser Vertragsart auf und es treten die einer anderen auf Rückgabe gleich w e r t i g e r Sachen gerichteten Vertragsart ein. Nur mit dem Unterschied, daß dieser "Übergang" vom Gesetz in Anlehnung an den vermutlichen Parteiwillen bestimm t wird, während er beim Vertriebsvertrag auf dem Vertragsinhalt selbst beruht. Es ist der Fall des § 700 I Satz 2 BGB, das sogenannte depositum irregulare(H interlegungsdarlehen).

Vom Zeitpunkt der Aneignung an finden auf den Vertrag nicht mehr die Vorschriften über die Hinterlegung, sondern die über das Darlehen Anwendung.

Auch hier kann man in der Aneignung nicht das Zustandekommen eines neuen Vertrages, eines Darlehensvertrages, erblicken. Die Aneignung ist lediglich ein einseitiges auf Eigentumserwerb gerichtetes Rechtsgeschäft. Wenn Fr. L e o n h a r d [1] ausführt, daß mit der Aneignung ein Darlehnsvertrag abgeschlossen werde, so ist es unklar, wie sich dieser Vertragsschluß ohne Zuhilfenahme von Fiktionen vollziehen solle. Leonhard gibt für seine Ansicht keinerlei Begründung. Unserer Auffassung nach ist der Übergang der Hinterlegung in das Darlehen eine gesetzliche Wirkung des § 700, die hier durch ergänzenden Rechtssatz an die Aneignung geknüpft wird. Diese Regelung trifft das Gesetz in richtiger Würdigung der Interessenlage [2].

Für den Vertriebsvertrag ist die Annahme eines neuen Vertragsschlusses im Falle der festen Übernahme ebenso ausgeschlossen. Der "Übergang" beruht aber bei ihm auf dem Vertragsinhalt, der, wie unsere Un-

1) Schuldrecht II,265.
2) Vgl. dazu N i e m e y e r, Depositum irregulare, O e r t m a n n , § 700, L e o n h a r d , a.a.O.

tersuchung ergeben hat, beide Elemente enthält, die auflösend bedingten leiheähnlichen und aufschiebend bedingten Kaufwirkungen.

Die Bedingung, die beim Vertriebsvertrag die entscheidende Rolle spielt, bedarf näherer Bestimmung.

Wenn auch erst später die einzelnen unserer Auffassung widersprechenden Ansichten behandelt werden, so muß doch bereits an dieser Stelle die verschiedenartige Bestimmung des Wesens der Bedingung berücksichtigt werden.
W e i d l i n g [1], der bloß einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag annimmt, betrachtet als zukünftiges ungewisses Ereignis, mit dessen Eintritt die Bedingung erfüllt sei, die N i c h t - Rückgabe. Er läßt also die Kaufwirkungen von einer negativen Bedingung abhängen. Dieser umständliche Weg, eine Unterlassung zur Bedingung zu erheben, ist abzulehnen. Weidling behandelt ausschließlich das buchhändlerische Konditionsgeschäft. Er geht aber von einer gezwungenen Auslegung des heute bereits anders gefaßten § 33 der buchhändlerischen Verkehrsordnung aus[2]. Nach Weidling würde der Buchhändler, der im Laufe des Abrechnungsjahres oder -halbjahres das Buch verkauft und veräußert hat, damit noch nicht den Preis schulden, sondern erst, wenn sich bei Fristablauf die N i c h t rückgabe herausstellt. Eine solche Auffassung verwechselt die Frage, wann abgerechnet wird mit der hier allein interessierenden Frage, wann die Kaufpreisschuld e n t s t e h t , d.h. die mit Abschluß des Konditionsgeschäfts vereinbarte und begründete[3] Preiszahlungspflicht w i r k s a m wird. Die buchhändlerische V.O. selbst widerlegt die Annahme der negativen Bedingung: Nichtrückgabe. Denn § 33 I spricht ausdrücklich von der vor dem Frist-

1) S. 135 ff.
2) "Alle .. bedingt gelieferten Werke, die der Sortimenter nicht fest behält ...,sind so rechtzeitig zurückzusenden, daß die Rücksendung .. spätestens mit Ablauf der in § 30 genannten Fristen .. eintreffen. Der Verleger kann(!) später eintreffende Rücksendungen zurückweisen und sofortige Bezahlung fordern."
3) So die Auffassung des BGB.Vgl. § 158.Windscheid, Pandekten,§ 86;Enneccerus,Rechtsgeschäft,S.177.

ablauf erfolgenden f e s t e n Ü b e r n a h m e. Außerdem knüpft Abs. II des § 33 an die Nichtrückgabe nicht den Eintritt der Kaufwirkungen, sondern der Verleger k a n n nur den Preis fordern. Die Nichtrückgabe führt also nicht wie die feste Übernahme zur Wirksamkeit des Kaufelements. Der Verleger kann ein großes Interesse daran haben, die vielleicht selten gewordenen Exemplare und nicht den Preis zu erhalten. Würde die Nichtrückgabe die Kaufwirkungen herbeiführen, so wäre er nur den Preis zu fordern berechtigt. - Aber das ist nach der ausdrücklichen Regelung der B.V.O. aben nicht der Fall. Der Verleger k a n n ihn fordern. Wir glauben, dieses dem Verleger gewährte Preisforderungsrecht als eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers auffassen zu können[1].

Somit ergibt sich, daß die Nichtrückgabe das entscheidende zukünftige ungewisse Ereignis nicht sein kann.

D e r e n b e r g[2] will eine gemischte Bedingung[3] annehmen. Der "Absatz" an den Dritten sei die Bedingung; sie sei deshalb als sogenannte gemischte Bedingung anzusehen, weil ihre Erfüllung vom Vertriebsübernehmer verhindert, nicht aber auch beliebig herbeigeführt werden kann.
Diese Auffassung sieht einen Umstand als entscheidendend an, der nur einen der möglichen Fälle fester Übernahme erfaßt. Derenberg gelingt es denn auch nicht, den 'Selbsteintritt' rechtlich klar und einfach einzuordnen. Wenn der "Absatz" die Bedingung sein soll, wie soll dann "durch eine Anzeige oder eine konkludente Handlung, wodurch der Vertriebsübernehmer dem Hingeber den E i n t r i t t der B e d i n g u n g anzeige, der Selbsteintritt erklärt[4]" werden? Damit gelangt Derenberg bereits unwillkürlich zur Aufgabe des "Absatzes" als Bedingung, ohne aber den für alle Fälle der festen Über-

1) Zu diesem stark umstrittenen Begriff vgl. Regelsberger, Iher. J. 16, 166; Windscheid, II, 255 A. 5; Crome, II, § 153; Leonhard, Iher. J. 41, 12 f.; Zitelmann, Irrtum, 509; Enneccerus, § 244 II a; dagegen Pescatore, S. 258; Endemann, I 118, N. 4, aber ohne Begründung.
2) S. 57.
3) Vgl. zu diesem Begriff Enneccerus, I § 181, IV 1. Cosack, 207.
4) S. 93.

nahme einheitlichen Gesichtspunkt zu sehen[1].

Diesen Gesichtspunkt gewannen wir oben durch Erforschung der Interessenlage, die dem Vertriebsvertrag zugrunde liegt (vgl. oben S. 32 f.). Die Kaufwirkungen sollen dann erst die Leihewirkungen ablösen, wenn der Vertriebsübernehmer die feste Übernahme als nicht mehr mit einem Absatzrisiko verbunden ansieht. Der Fall, daß er die Sache an einen Dritten verkauft und deshalb das Absatzrisiko entfällt, ist bloß einer, wenn auch der häufigste der Fälle fester Übernahme. Die entscheidende Bedingung ist in allen Fällen die gleiche: Es ist die E n t s c h e i d u n g des Vertriebsübernehmers, d a ß er die Sache nunmehr f e s t übernehme, da für ihn der Hinderungsgrund eines Absatzrisikos nicht mehr bestehe.

Die Bedingung ist somit eine Wollensbedingung, die Entscheidung ist ein auf feste Übernahme gerichtetes Rechtsgeschäft. Die Zulässigkeit einer Wollensbedingung kann, nachdem das Gesetz in §496 ausdrücklich beim Kauf auf Probe die Wirksamkeit des Kaufvertrages von der " Billigung" bedingt sein läßt, nicht mehr bestritten werden. Und mit Recht sieht die herrschende Meinung darin nicht eine Ausnahme, sondern den gesetzlichen Niederschlag des Gedankens, daß den Parteien die Möglichkeit gewährt sein soll, künftige Verhältnisse auch in der Weise zu berücksichtigen, daß die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Partei überlassen ist[2].

Inwieweit die Entscheidung des Vertriebsübernehmers der "Billigung", die vom freien, durch sachliche Gründe nicht gehemmten[3] Belieben des Käufers

1) Deshalb ist auch Schmidt-Rimpler's Ansicht, daß die Veräußerung die Bedingung sei, unhaltbar. Außerdem ist der Zeitpunkt der Veräußerung in keinem Falle, sondern höchstens der des Verkaufs richtig.

2) Über die Zulässigkeit und die verschiedenen Auffassungen vom Kauf auf Probe (besser: auf Belieben) vgl. u.a. Düringer-Hach., Band 4, S. 59, A. 74; Leonhard, Iher. J. 39, 174 ff. Muskat, Gruch. B. 49, 472; Hölder, Iher. J. 56, 147; Walsmann, Iher. J. 54, 197; Enneccerus, I, § 181 IV.

3) Vgl. Manigk, Willenserklärung, 522.

abhängt, entspricht, sei einer besonderen Prüfung weiter unten vorbehalten.

An dieser Stelle soll die Frage nach der Rechtsnatur der die Bedingung bildenden "Entscheidung für feste Übernahme[1]" aufgeworfen werden. Diese Frage ist bisher weder beantwortet noch gestellt worden.

Daß die Entscheidung ein Rechtsgeschäft ist, ist daraus zu entnehmen, daß sie auf H e r b e i f ü h r u n g eines Rechtserfolgs gerichtet ist. Sie ist inhaltlich die Entscheidung f ü r die feste Übernahme. Sie ist damit ein Mittel der Rechtsgestaltung, der Privatautonomie[2].
Man kann sie - ebenso wie die Billigung beim Kauf auf Belieben - als eine Art Zustimmung auffassen[3]. Aber die §§ 182 f. sind für eine rechtliche Behandlung der "Entscheidung" (wie auch der Billigung) unbrauchbar.

Zumeist wird der Vertriebsübernehmer vor Ablauf der regelmäßig vereinbarten Frist dem Hingeber gegenüber keine Erklärungen über die Entscheidung abgeben. So vor allem, wenn es sich um regelmäßige Geschäftsbeziehungen handelt und Abrechnungstermine vereinbart sind. Und doch ist, worauf oben bereits hingewiesen wurde (vgl. S. 55), die Entscheidung über die feste Übernahme der einzelnen Waren unabhängig vom Abrechnungstermin, bis zu dem bloß für den Fall inzwischen erfolgter fester Übernahme der Kaufpreis gestundet ist.

---

1) Dieser Ausdruck entspricht auch dem Sprachgebrauch der buchhändlerischen Verkehrsordnung. Vgl. § 331: .. Werke, die der Sortimenter nicht f e s t b e h ä l t ..; eine Übernahme liegt jedenfalls vor, ungewiß bleibt nur, ob es zur f e s t e n Übernahme kommen wird.

2) Anders wäre es, wenn das BGB die Bestimmung des bayr. Entwurfs für den Kauf auf Belieben aufgenommen hätte, nach der eine Beschädigung der Sache als Billigung behandelt wurde. Die Auffassung des BGB über die Rechtsnatur der Billigung, die mit der Ablehnung dieser Bestimmung den rechtsgeschäftlichen W i l l e n als Grundlage der Billigung ansieht, kann auch für unsere Frage herangezogen werden und damit unserer Ansicht als eine maßgebliche Stütze dienen. Vgl. zur Billigung Motive II, 336; Manigk, Willenserkl. 525 f.

3) Gegen den Rechtsgeschäftscharakter, Enn.-Lehmann, § 115.

Aber auch in den Fällen, in denen regelmäßige Geschäftsbeziehungen und Termine nicht eine summarische Klarstellung über die feste Übernahme der einzelnen Waren herbeiführen, erfolgt die Entscheidung des Vertriebsübernehmers zumeist, ohne daß sogleich dem Hingeber die feste Übernahme k u n d g e g e b e n wird.

Soll der Vertriebsübernehmer etwa erst dann zur Preiszahlung verpflichtet sein, die Kaufwirksamkeit erst eintreten und die Wirksamkeit des leiheähnlichen Vertragselements erst dann aufhören, wenn er - vielleicht erst nach langer Zeit - seine Entscheidung dem Hingeber kundgegeben hat?

Das Interesse des Hingebers verlangt nicht, daß die Entscheidung erst dann wirksam ist, wenn sie ihm kundgegeben wird. Denn er hat die Ware gerade dem Vertriebsübernehmer überlassen, damit er die Möglichkeit ihres Verkaufs und der Selbstübernehme j e d e r z e i t hat. Entscheidet sich der Vertriebsübernehmer für die feste Übernahme, weil er bereits einen Käufer gefunden hat, oder weil er aus sonstigen Gründen keinen Verlust mehr fürchtet, so soll er aber auch (der Vertriebsübernehmer) g e b u n d e n sein. Der Hingeber ist an der möglichst bald und endgültig eintretenden Wirksamkeit des Kaufelements interessiert, denn er hat sich nun einmal für die bestimmte oder angemessene [1] Zeit der eigenen Verwendungsmöglichkeit der Sache begeben. -

Auf das Erfordernis der Kundgebung hat er, wie die interessengemäße Auslegung des Vertriebsübernehmers ergibt, verzichtet. Einen solchen Verzicht sieht das Gesetz zwar nicht allgemein vor. Aber die Zulässigkeit ist schon deshalb zu bejahen, weil das Gesetz selbst e i n e n allgemeinen Fall des Vertragsrechts erwähnt, nämlich in § 151, der das Fehlen des Kundgebungserfordernisses infolge Verzichts ausdrücklich betont. Daneben kann das Kundgebungserfordernis auf Grund einer Verkehrssitte und auch kraft Gesetzes entfallen [2].

1) Dazu weiter unten.
2) Dazu Manigk, WeWg, 517 ff.

Daraus ergibt sich für unsere Frage:
Der Vertriebsübernehmer kann die Entscheidung durch Erklärung gegenüber dem Hingeber vollziehen. Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Der Vertriebsübernehmer soll aber nicht erst und nur dann gebunden sein, wenn er seinen auf die f e s t e Übernahme gerichteten Willen dem Hingeber ausdrücklich oder stillschweigend erklärt oder angezeigt hat. Im Falle des Verkaufs an den Dritten soll er sogleich zur Preiszahlung v e r p f l i c h t e t sein, im Falle der Selbstübernahme bereits dann, wenn er die Ware in die Reihe der fest übernommenen Waren einfügt, wenn er sie selbst in Gebrauch nimmt, wenn er in seinen Büchern die Ware als fest übernommen bucht, wenn er sie einem Dritten übereignet. In allen diesen Fällen von einer Kundgebung an den Hingeber zu sprechen, wäre Fiktion. Die Kundgebung an den Dritten oder in's Leere ist keine Kundgebung an den allein maßgeblichen Adressaten, denn dieser ist der Hingeber.

Wir haben hier einen Fall vor uns, bei dem die herrschende Lehre, nach der die Entscheidung der Vertriebsübernehmers in allen Fällen als Erklärung, wenn auch 'nur' als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen wäre, wieder versagt. Denn sollte eine Anfechtung nötig sein, wenn der Vertriebsübernehmer sich bei der Buchung über die Ware irrt, wenn er sich bei der Einreihung der noch nicht fest übernommenen Sachen irrt und sie dem Lager der fest übernommenen einverleibt? Ein enttäuschtes Vertrauen, das durch das Erfordernis der Anfechtung und die dann einsetzende Schadensersatzpflicht nach § 122 geschützt werden müßte, ist gar nicht vorhanden.

Dieser Zwiespalt ist mit der h. Lehre nicht zu lösen. Soll eine Bindung eintreten und deshalb schon eine stillschweigende Willenserklärung vorliegen, so führt die Anwendung von § 119, aber auch der anderen (§§116 f.) zu unhaltbaren Konsequenzen.

Zu einem angemessenen Ergebnis vermögen wir nur zu gelangen, wenn wir den Zitelmann'schen Sammelbegriff der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung in seiner Unklarheit durchschauen und die Scheidung der Rechtsgeschäfte und Willensgeschäfte vornehmen. Die-

se von Manigk[1] begründete Lehre unterscheidet, den Gedanken des Vertrauensschutzes und des Kundgebungsinteresses in das System der Rechtsgeschäfte einbeziehend, nach dem Kundgebungszweck. Die Rechtsgeschäfte ohne Kundgebungszweck sind von den Willenserklärungen zu sondern, und auf sie passen diejenigen Legalnormen nicht, die "den legal als wesentlich erfaßten allgemeinen Tatbestand der Willenserklärung behandeln[2]". Es liegt nicht im Rahmen dieser Untersuchung, auf die Begründung dieser Lehre einzugehen und im einzelnen dieses große Problem aufzurollen. Wir gelangten zum Begriff des Willensgeschäfts innerhalb der Sonderfrage nach der Rechtsnatur der "Entscheidung" des Vertriebsübernehmers "für feste Übernahme", die wir mit den Begriffen der h. Lehre nicht befriedigend zu lösen vermochten.

Die Ähnlichkeit der "Entscheidung für feste Übernahme"" mit der "Billigung" beim Kauf auf Belieben, ist nicht zu verkennen[3]. Und doch wäre es bedenklich ohne besondere Prüfung die Entscheidung des Vertriebsübernehmers der "Billigung" der Käufers gleichzustellen. Die Billigung ist auf Herbeiführung der Kaufwirksamkeit gerichtet, die Entscheidung des Vertriebsübernehmers auf Ablösung der leiheähnlichen Wirkungen der bisherigen Gebrauchsüberlassung durch die nun einsetzenden Kaufwirkungen . Denn der Vertriebsvertrag ist kein bloßer Kaufvertrag, und somit auch kein Kauf auf Probe,sondern ein Mischvertrag.
Unserer Auffassung, daß die Entscheidung des Vertriebsübernehmers für feste Übernahme keiner Kundgabe bedarf, somit nicht als Willenserklärung gelten kann, steht nicht § 400 II,3 HGB entgegen. Dort ist als Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Selbsteintrittserklärung die Abgabe der Anzeige zur Absen-

1) Vgl.vor allem Willenserklärung 415 ff,517 ff.neuestens Iher.J.83,1 ff.,37ff.Arch.f.R.u.Wirtsch.Ph. 26,S.365 f.vgl.dazu Enneccerus,R.Geschäft,S. 55, wo er im Gegensatz zu seiner späteren, im Lehrbuch des Bürg.R.vertretenen Auffassung eine ähnliche Scheidung vornimmt,worauf Manigk, in memoriam Enneccerus Zeitschrif der Savigny-Stiftung, 49,696, mit Recht hinweist.
2) Manigk, Iher.J. 83,40.
3) Vgl. oben S. 58 Anm. 2 und 3.

dung an den Kommittenten festgesetzt. Diese Regelung kann für den Vertriebsvertrag nicht maßgebend sein. Denn die Verkaufskommission ist auf Drittabschluß gerichtet und ist die Besorgung eines f r e m d e n Geschäfts. Wenn der Kommissionär die Kommission durch Selbsteintritt ausführt, so entgeht damit dem Kommittenten der sonst gegebene Anspruch auf Abtretung der Rechte gegen den Dritten. Beim Vertriebsvertrag ist es rechtlich völlig unerheblich, ob ein Drittkäufer vorhanden ist, denn der Hingeber hat immer nur Ansprüche gegen den Vertriebsübernehmer. Denn der Vertriebsübernehmer handelt für eigene Rechnung. Das Erfordernis der Anzeige bei der Kommissionsführung durch Selbsteintritt ergibt sich bereits aus den nach § 384 bestehenden Sorgfalts, Anzeige- und Rechenschaftspflichten des Kommissionärs. Denn der Selbsteintritt ist nur eine Art der Ausführung der Kommission [1]. Der Kommittent als Geschäftsherr, dessen Interesse wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen sind (§ 384), bedarf eines Schutzes, weil ja s e i n dem Kommissionär übertragenes Geschäft ausgeführt wird. Wenn daher § 400 II,2 HGB heranzuziehen ist, so ist er sogar als Stütze u n s e r e r Ansicht zu verwerten. Denn das Gesetz läßt t r o t z der dem Kommissionsvertrag wesentlichen Richtung [2] auf Drittabschluß den Selbsteintritt s c h o n mit "Abgabe der Anzeige zur Absendung" wirksam sein. Also bereits vor dem Zugang der Anzeige [3]. Die Erfordernisse für die Wirksamkeit der Entscheidung für die Selbstübernahme können deshalb beim Vertriebsvertrag noch verringert werden, in Weiterverfolgung der vom Gesetz selbst eingeschlagenen und gewiesenen Richtung [4]. Denn ein Kundgabeinteresse des Kommittenten ist für den Hingeber nicht vorhanden, wie oben dargelegt wurde. Die Entscheidung ist deshalb wirksam bereits mit Vollendung des entsprechenden

1) Vgl. oben S.31-32.
2) Das wird von Schmidt-Rimpler, S.1019 mit Recht betont.
3) Über den Selbsteintritt vgl. näher Schmidt-Rimpler a.a.O., Staub, zu § 400.
4) Thorbeck behandelt zunächst richtig die Parallele zu § 400 HGB, übersieht aber die sich aus dem Unterschied des Vertriebsvertrages zum Komm.Vertrag ergebende Notwendigkeit der oben gezogenen Folgerung. Vgl. Thorbeck, S.77 f.

Willens in einem diesem Willen zur Zeit der Vornahme der Handlung entsprechenden Verhalten[1]. Der Vertriebsübernehmer selbst hat erheblichen Interesse daran, die Kaufwirkungen damit eintreten lassen zu können, um so in seinen geschäftlichen Plänen mit der Ware endgültig nach freiem Belieben verfahren zu können. Denn der Rückgabeanspruch des Hingebers erlischt.

4. Abschnitt.

Die verschiedenartigen rechtlichen Einordnungen des Vertriebsvertrages.

Es wurde oben S.X bereits darauf hingewiesen, daß in der Literatur der Vertriebsvertrag unter sämtlichen Gruppen, die der rechtlichen Einordnung zur Verfügung stehen, aufgezählt und behandelt wird.

Aus unserer bisherigen Erörterung ergibt sich bereits die Unhaltbarkeit der Auffassung, daß der Vertriebsvertrag eine Vertragsverbindung sei.

Friedrichs[2] nimmt eine Kombination zweier bedingter Verträge an. Zieht er zwar richtig den Gesichtspunkt der Leihe und des Kaufs heran, so nimmt er nicht nur fälschlicherweise zwei Verträge, sondern sogar zwei aufschiebend bedingte Verträge an. Welchen Sinn es haben soll, die Rechtswirkungen der Leihe erst mit dem Zeitpunkt wirksam werden zu lassen, in dem der Kaufvertrag in Wirksamkeit tritt, ist unerfindlich. Friedrichs[3] widerspricht sich denn auch selbst, wenn er als Begründung für die aufschiebende Bedingung anführt, daß die "Pflicht zur Rückgabe f o r t f a l l e bzw. (!) überhaupt nicht entstehe, wenn der Preis gezahlt wird". Eine Pflicht, die noch nicht wirksam geworden, soll fortfallen, und

1) Wie oben scheint auch Chambon, Beitr.z.Oblig.R. S.81, wenn auch ohne Scheidung von Willenserklärung und Willensgeschäft, sogar für den Selbsteintritt zu entscheiden.

2) Der Trödelvertrag, S.21 f.

3) S.25.

ebenso durch dasselbe Ereignis möglicherweise nicht zur Entstehung gelangen! Friedrichs übersieht, daß die Leihewirkungen auflösend bedingt sind und zwar mit der Besonderheit, daß die auflösende Bedingung den Rückgabeanspruch untergehen läßt. Bis dahin war aber und bleibt die Leihe wirksam, was von praktischer Bedeutung ist (vgl. unten).

Der zweite Fehler Friedrichs besteht in der Spaltung des einheitlichen Vertriebsvertrages in zwei Verträge.

Darin steht er aber nicht allein. Zitelmann[1] und ihm folgend Marwege[2] sehen im Vertriebsvertrag eine alternative Vertragsverbindung. Der Begriff der alternativen Vertragsverbindung wird in der Literatur nicht einheitlich verwandt. Am klarsten spricht Enneccerus[3] von einer Verbindung mehrerer Verträge derart, daß es vom Ausfall einer Bedingung abhängig gemacht wird, welcher von den beiden Verträgen als abgeschlossen gelten soll. Es führt hierbei den berühmten Gladiatorenfall von Gaius[4] an, der in diesem Sinne als alternative Vertragsverbindung aufgefaßt werden kann. Endemann[5] stellt zwei Gruppen einer "alternativen Vertragskoppelung"[6] auf.

1. Die erste deckt sich mit der von Enneccerus als alternative Vertragsverbindung bezeichneten Gruppe. Endemann stellt aber nicht so klar wie Enneccerus die Abhängigkeit von einer Bedingung heraus.
2. Eine zweite Gruppe sollen die Schuldverhältnisse bilden, die später in ein anderes " übergehen " sollen. Er führt folgendes Beispiel an:"Der Mieter eines Fahrzeuges erhält das Recht zu erklären, daß er dies für einen bestimmten Preis als Käufer behalten will; ohne neuen Vertragsschluß soll seine einseitige Erklärung diese Umwandlung herbeiführen. Aber bis dahin lag ein Mietverhältnis vor und muß der Mietpreis gezahlt werden."

1) Irrtum und Rechtsgeschäft, 505.
2) Contractus aestimatorius, 47 f.
3) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 100 a.
4) Gaius III, § 146.
5) Lehrb.d.bürg.R.I, S.266 in Anm.4 zu b.
6) Näher darüber Krass, Altern.Vertragskoppelung.

Ein solches Schuldverhältnis ist aber nicht als alternative Vertragsverbindung anzusehen. Denn das Wesen der Alternativität ist ein Entweder - Oder. Hier ist es sicher, daß ein Mietvertrag vorliegt; unsicher ist nur, ob ein Kaufvertrag zustande kommen wird, der sich an das Mietverhältnis anschließen wird. Es soll sich nicht erst herausstellen, welcher Vertrag als abgeschlossen gelten soll.

Es ist daher nicht richtig, diese 2. Gruppe mit Endemann zu den alternativen Vertragsverbindungen zu rechnen, vgl. S.66 Anm.1).

Zitelmann[1], dem Marwege[2] folgt, faßt denn auch die Fälle dieser Art nicht unter den Begriff des alternativen Geschäfts. Sondern nur die Verträge der ersten Gruppe. Aber gerade deshalb ist ihm nicht zuzustimmen; auf den Vertriebsvertrag paßt der Begriff des alternativen Geschäfts nicht. Zitelmann will den Vertriebsvertrag als ein "Geschäft" auffassen, "bei dem es sicher ist. d a ß ein Rechtsgeschäft zustande kommt, fraglich nur, welcher Art es sein wird". (Marwege[3] bemerkt mit Recht, daß das Vorliegen mehrere alternativ abgeschlossener Verträge damit gemeint sei).

Beim Vertriebsvertrag ist nicht entweder eine Leihe oder ein Kauf[4] abgeschlossen, sondern von vornherein treten die Leihewirkungen ein. Ungewiß ist also nicht, welche Art von Rechtswirkungen als von Anfang an vereinbart gelten sollen, sondern nur, ob diese Leihewirkungen aufhören und Kaufwirkungen - aber ohne Rückwirkung - eintreten werden.

Unter die von Endemann aufgestellte 2. Gruppe fällt aber der Vertriebsvertrag auch nicht. Denn er ist keine Vertragsverbindung.

Wir gelangen damit zu dem gemeinsamen Fehler der bisher behandelten Auffassungen vom Vertriebsvertrag, die sämtlich eine Vertragsverbindung, also

1) a.a.O., 503 unter II. Auf die dortaufgestellten Unterarten 1-3 ist hier nicht einzugehen.
2) a.a.O.
3) S.47.
4) So Marwege, a.a.O.

mehrere Verträge annehmen[1].

Der Vertriebsvertrag ist e i n Vertrag. Jede Spaltung zerstört die Einheit eines durch seine Geschichte und seinen typischen Verkehrszweck in sich abgerundeten Schuldvertrages.
Mit Rücksicht darauf, daß die Einheit des Vertriebsvertrages von der weitaus überwiegenden Meinung in der Literatur nicht angezweifelt wird und Zitelmann selbst[2] seine Auffassung mit einem Fragezeichen versieht, ist eine eingehende Erörterung des Problems der Einheit des Vertrages unangebracht[3].

Die Einheit ergibt sich nicht aus einem von außen an den Vertrag herangebrachten Maßstab. Die Privatautonomie bestimmt selbst, ob die Vereinbarungen als ein in sich abgeschlossenes Ganzes zu beurteilen sind. Das Problem der Einheit des Vertrages ist eine Auslegungsfrage. Sehr häufig ist eine Verkehrssitte festzustellen. Ja die Schuldvertragstypen selbst, sowohl die zu gesetzlichen Typen erhobenen wie die nur verkehrsmäßigen sind entstanden aus einer Mehrheit einzelner zumeist gleichzeitiger Abreden, die in ihrer Zusammengehörigkeit nur gewollt waren. Der typische Zweck, dem sie dienten, schweißte sie zur Einheit zusammen. Die Verkehrssitte bildet schlagwortartige Bezeichnungen, in denen bereits die einzelnen Abreden enthalten sind. Heute ist uns bereits die Vorstellung fremd, daß die Einheit eines Typenvertrages durch die Parteien ursprünglich selbst geschaffen ist. Für die gesetzlichen Typen und die Vereinbarung seiner Bestandteile wäre es heute sogar falsch, die Frage nach der Einheit zu stellen[4]. Ebenso falsch ist es aber, einen verkehrs-

1) Die zweite Gruppe Endemanns bilden u.E. solche Fälle, bei denen z.B. ein auflösend bedingter Mietvertrag gleichzeitig mit einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag abgeschlossen wird. Vgl. das Beispiel S.64 oben. Insofern also ähnlich der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages, der aber ein in sich geschlossener einheitlicher Vertrag ist. Die ähnliche Bedingtheit ist keine besonders vereinbarte, sondern ist in seinem Wesen begründet. Vgl. S. 48 oben.

2) a.a.O.

3) Vgl. darüber: Regelsberger, Iher. J. 48, 453 f., Hoeniger, Grundf. 355; Schreiber, 106; André in Festschrift f. Enn.; Dernburg, II, 2, S. 151; Leonhard. § 151 u. 325.

4) Richtig Natter, Teilw. Nichtigkeit, S. 56.

mäßigen, typischen Schuldvertrag,wenn er auch nicht durch das Gesetz als ein Vertrag gekennzeichnet ist, in zwei Verträge zu spalten. Wollte man etwa bei einem dem Verkauf der Ware entgegenstehenden gesetzlichen Verbot nach § 134 BGB die Leihe als nicht nichtig ansehen, weil § 139 BGB nicht anwendbar sei? Wollte man behaupten, daß der Buchhändler, wenn er ein Buch "a condition", oder (nach der neuen Fassung der B.V.O. endlich verdeutscht) "bedingt" übernimmt, zwei Verträge damit abschließt? Das ALR hatte im 1. Teil 11. Titel in den §§ 511-526 den Vertriebsvertrag als Typenvertrag anerkannt. Das ABGB hat ihn, wenn auch unter dem irreführenden Namen Verkaufsauftrag in den §§ 1086-1088 geregelt[1], das sächsische BGB in den §§ 1291 f.

Es wird denn auch heute von der h.M.anerkannt, daß der Vertriebsvertrag ein einheitlicher Vertrag ist. Wie aber die Rechtsnatur näher zu bestimmen ist, darüber gehen die Ansichten wieder auseinander.

Am unklarsten ist die Ansicht, die die Verfasser des BGB in den Motiven[2] äußern und die leider in fast wörtlicher Übertragung in die Hauptkommentare[3] und Lehrbücher[4] Eingang gefunden hat. Im Einzelfall, empfehlen die Motive, sei zu prüfen, welche Vorschriften aus Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienstvertrag, Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit dem Parteiwillen anzuwenden sind. Dieser Verzicht auf eine rechtliche Erfassung des Vertriebsvertrages ist methodisch wie praktisch gleich zu verwerfen. Auftrag, Verkaufskommission liegen nicht vor, wie sich im Laufe der Untersuchung herausgestellt hat, weil der Verkauf der Ware kein "Geschäft d e s" Hingebers ist. Im einzelnen braucht darauf hier nicht mehr eingegangen zu werden. Gesellschaftsvertrag scheidet notwendig schon deshalb aus, weil kein gemeinschaftlicher Zweck verfolgt wird[5]. Jeder verfolgt einen selbständigen Zweck. Nicht jede Interessenverknüpfung bildet einen "Gesellschaftszweck".

1) Vgl. dazu Ehrenzweig,System II,1.§ 297.
2) II, 516 ff.
3) Zitate vgl. S.10 Anm.4.
4) Zitate S.10 Anm.4.
5) Vgl.darüber Derenberg, 28.

Dienstvertrag und Werkvertrag liegen nicht vor, weil eine im Einzelfall vereinbarte Bemühungspflicht sich darstellt als die Pflicht, die Ware nicht liegen zu lassen, sie auszustellen, zum Verkauf an Dritte anzubieten usw. Eine solche Pflicht ist aber nichts weiter als die Gebrauchspflicht bei der Leihe, die im Interesse des Hingebers übernommen wird. Näher darüber unten [1]. Es liegt aber auch kein bloßer Kauf vor.

Die Auffassung, daß der Vertriebsvertrag ein bloßer Kauf sei wird u.a. von Schmidt-Rimpler[2], Weidling[3], Derenberg[4], und (zaghaft) von Riezler[5] vertreten.

Dagegen spricht aber, daß damit das besondere dem Vertriebsvertrag wesentliche Gegenstandsüberlassungselement unterdrückt wird. Wenn beim aufschiebend bedingten Kaufvertrag die Bedingung ausfällt, so hat der Käufer nunmehr ohne Rechtsgrund den Besitz an der Sache. Er ist nach § 812 I, 2 zur Herausgabe verpflichtet. Beim Vertriebsvertrag ist aber der Hingeber auf Grund des V e r t r a g e s zur Rückforderung[6] berechtigt. Der Unterschied ist zwar nicht in einer verschärften Haftung zu erblicken, denn es müßte, was vielfach übersehen wird, § 820 angewandt werden, somit nach § 818 IV in V. m. § 292, §§ 987 ff. Aber einmal ist es methodisch verfehlt, über eine besondere vertragliche Regelung der Rückgabe und der Gebrauchsüberlassung hinwegzugehen. Dann aber zeigen sich erhebliche praktische Unterschiede; was erst bei Betrachtung der Leiheregeln unten vollkommen in Erscheinung tritt. Einige Punkte seien hervorgehoben.

Bei der nur-gesetzlichen Verpflichtung zur Rückgabe aus § 812 ist der Leistungsort im Sinne des

---

1) S.S. 84. Über die sogenannte Berechtigungs- und Verpflichtungstheorie vgl. Marwege, 25 f. Es ist nicht notwendig, hier 2 Theorien aufzustellen. Vgl. unten S. 84 ff.

2) S. 534.

3) S. 132 f.

4) S. 66 ff.

5) S. 102.

6) Derenberg, 83, gelangt so dazu, eine Rückgabepflicht sogar zu verneinen. Sie sei mehr ein "Akt eigener Interessenbetätigung"!

Vollzugsortes der Wohnsitz des Schuldners, § 269 BGB. Bei der vertraglichen Rückgabepflicht aus dem Leiheelement des Mischvertrages ergibt sich nach § 269 aus der "Natur des Schuldverhältnisses", daß der Vertriebsübernehmer am Wohnsitz des Hingebers zu leisten hat. So entscheidet die h.M.[1] mit Recht für die Leihe. Daß der Hingeber selbst interessiert ist am Geschäft, ist kein Gegengrund. Denn wenn die Bedingung ausfällt, der Vertriebsübernehmer sich nicht für feste Übernahme entscheidet, zeigt sich eben, daß der Vertriebsübernehmer die Ware ohne Vergütungspflicht zur geschäftlichen Verfügung erhalten hat. Es wäre sehr unbillig, dem Hingeber Gefahr und Kosten für die Rücksendung aufzubürden. Hier zeigt sich, daß der Vertriebsvertrag im Gegensatz zum aufschiebend bedingten Kauf ein Gebrauchsüberlassungselement aufweist, das ohne Beeinträchtigung der Eigenart des Vertriebsvertrages nicht unberücksichtigt bleiben darf.

Die weitgehende Verwendung der Sache, die dem Vertriebsübernehmer gestattet ist, ist ohne Zuhilfenahme einer besonderen Gebrauchsüberlassung nicht rechtlich zu erfassen.

Die Obhutspflicht ist eine vertragliche, so daß sich sogar Derenberg, der nur einen Kaufvertrag annimmt, gezwungen sieht[2], einen "nebenher geschlossenen Verwahrungs- oder Leihvertrag" zu bejahen.

Die Beweislastverteilung in der B.V.O. § 13 a entspricht dem § 282 und stellt über § 276 hinaus die Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes fest. Nach § 347 HGB bezieht sich diese Haftung aber nur auf eine Sorgfaltspflicht, die aus einem Handelsgeschäft entspringt. Die nur-gesetzlichen Pflichten fallen also nicht darunter. Die Rückgabe- und Obhutspflicht muß daher dem Handelsgeschäft Vertriebsvertrag entspringen.

Es besteht ferner nach § 602 BGB die sich aus dem Leihebestandteil ergebende Folge, daß der Vertriebsübernehmer solche Veränderungen und Verschlech-

1) Vgl. Oertmann, § 604, Anm. 2; Planck, n. 3; OLG 16, 354 LZ 2, 471; Kober-Staudinger I, 39; Leonhard, I, 236; so auch im gem. Recht. Vgl. Windscheid II, § 282, N. 4.
2) S. 45.

terungen, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch, d. h. durch (sorgfältiges) Ausstellen, Zur-Ansicht-Senden usw. entstehen, nicht zu vertreten hat.

Ferner ergibt sich aus der vertraglichen leiheähnlichen Beziehung die Anwendung des § 606, der verkürzte Verjährungsfristen festsetzt, die der schnellen Abwicklung der sich aus einer Gebrauchsüberlassung ergebenden Ersatzansprüche dienen. Diese Interessenentscheidung des Gesetzes ist nicht etwa nur bei der Leihe, sondern sogar bei dem entgeltlichen Mietvertrag gegeben und ebenso bei der Pacht, §§ 558, 581 II BGB. Sie muß daher, weil auch beim Vertriebsvertrag im Falle des Ausfalls der Bedingung diese Ersatzansprüche möglich sind, auf diese angewandt werden.

Weitere Unterschiede werden sich noch unten[1] ergeben. Insbesondere die Anwendbarkeit von 604 IV. Somit ergibt sich, daß der Vertriebsvertrag nicht bloß ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag ist. Aus den angeführten Gründen ist auch die Annahme, daß der Vertriebsvertrag bloß ein von der Billigung abhängiger Kauf auf Probe[2] sei, abzulehnen. Aber es fragt sich, ob das im Vertriebsvertrag enthaltene Kaufelement nicht dem Kauf auf Probe entspricht.

Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Denn davon hängt es ab, ob die umstrittene Folge des Fristablaufs wie beim Kauf auf Probe zu bestimmen ist. Nach § 496,2 würde das Schweigen als Billigung gelten.

Diese Legalwirkung des Schweigens, einer der wenigen Fälle positiver Wirkung (vgl. noch § 516 II, 2; § 416 I,2; BGB; § 85 HGB), ist beim Kauf auf Probe zu rechtfertigen. Nicht aber beim Vertriebsvertrag, wenn auch das österreichische ABGB in § 1086 diese Wirkung auch für den Vertriebsvertrag festsetzt.

Der Kauf auf Probe ist seinem Wesen nach bedingt von der nach freiem Belieben, ohne sachliche

1) Vgl. S. 84 f.
2) So Reinhold, S. 28, ähnlich Chambon, 76; Hirschberg, S. 66 f.

Bindungen erfolgenden Billigung des Käufers[1]. Deshalb ist es verständlich, daß das Gesetz dem Schweigen bei Fristablauf die Bedeutung beilegt, daß die Wirksamkeit des Kaufs vom Käufer gebilligt sei. Beachtlich ist aber die richtige Scheidung des Gesetzes, ob die Sache (nicht Rechte also) übergeben war oder nicht. Nur im ersteren Fall kann dem Käufer diese Legalwirkung zugemutet werden, denn nur dann kann der Verkäufer von dem Gedanken ausgehen, daß der Käufer das Geschäft billigt, weil - das ist regelmäßig jedenfalls der Hauptgrund - er mit der übergebenen Sache zufrieden ist. Sonst hätte er sich eben melden können. Die Billigung hängt ja nur von seinem Willen ab.

Beim Vertriebsvertrag hingegen weiß der Hingeber, daß bestimmte sachliche Gründe den Vertriebsübernehmer veranlassen, erst die Ware "leihweise" zu übernehmen. Das Absatzrisiko soll nicht auf den Vertriebsübernehmer übergehen. Ob der Vertriebsübernehmer zur Entscheidung für feste Übernahme gelangt, hängt davon ab, ob die Gefahr eines Verlustes oder des "Sitzenbleibens" schwindet. Es sind also vertragsmäßig sachliche Gründe, die die Voraussetzung für die Entscheidung des Vertriebsübernehmers bilden, als Grundlage der festen Übernahme anerkannt. Der Hingeber kann also nicht bei Fristablauf davon ausgehen, daß diese außerhalb der Willenssphäre des Vertriebsübernehmers liegenden Gründe gegen die feste Übernahme beseitigt sind. Eine positive Wirkung des Schweigens ist somit nicht gerechtfertigt und dem Vertriebsübernehmer nicht zumutbar. Die für den Kauf auf Probe gegebene Interessenentscheidung des Gesetzes ist daher nicht anwendbar, weil das Kaufelement nicht dem "Kauf auf Probe" entspricht.

Aus dem Bisherigen ergab sich, daß den Ansichten, die den Vertriebsvertrag dem gesetzlichen Typus Kauf unterordnen wollen, nicht zugestimmt werden kann.

Es fragt sich weiter, ob nicht die Meinung ge-

1) Vgl. Manigk, WeWg S.522; vgl. oben S.75, ferner Leonhard, II, 95.

rechtfertigt ist, die im Vertriebsvertrag einen atypischen Vertrag sieht. Es sind 2 Gruppen zu scheiden. Die eine sieht im Vertriebsvertrag die Begründung einer Wahlschuld[1]. Die zweite die einer alternativen Ermächtigung (Ersetzungsbefugnis)[2].

1. Rückgabe und Preis werden geschuldet. Das Wahlrecht liegt beim Vertriebsübernehmer. - Im Gegensatz zur alternativen Vertragsverbindung werden diese beiden Leistungen auf Grund eines einheitlichen Vertrages geschuldet. -

Aber der Preis soll erst dann geschuldet sein, wenn der Vertriebsübernehmer kein Absatzrisiko zu übernehmen hat und er sich daher für die feste Übernahme entscheidet. Die große Bedeutung dieser Frage zeigt sich u.a. darin, daß der Vertriebsübernehmer bei zufälligem Unmöglichwerden der Rückgabe zur Preiszahlung verpflichtet bliebe, wenn eine Wahlschuld angenommen würde. Denn nach § 265 BGB beschränkt sich dann das Schuldverhältnis auf die noch mögliche Leistung. Eine solche in ihrer Unbilligkeit allgemein anerkannte "Gefahr"tragung des Vertriebsübernehmers ist aber bei Annahme der Wahlschuld nach geltendem Recht unvermeidlich. Daß das Eigentum beim Hingeber bleibt, hindert nicht den Gefahrübergang[3]. Die Wahlschuld ist daher abzulehnen. Von der h.M. wird denn auch richtig eine Preiszahlungspflicht für den Fall des zufälligen Unmöglichwerdens der Rückgabe verneint. Ebenso § 13a II der B.V.O. Dieses Ergebnis stimmt auch mit dem aufschiebend bedingten Kaufbestandteil überein, denn sogar bei einem bloßen Kaufvertrag, der aufschiebend bedingt ist, geht mit der Übergabe die Gefahr nicht nach § 446 BGB über[4].

1) Vgl. Crome, § 273, S.716, N.4; Brinz, a.a.O. S.18; Schulz S.64.

2) Endemann, I, § 163, Anm.23, v.Zwehl, S.40, Reinhold, ähnlich, S.26; Thorbeck, 14.

3) Vgl. zur Wahlschuld Regelsberger, Iher.J.16, 159, Leonhard, Iher.J.41, 1 f. Pescatore, Wahlschuldv., Dechamps, Obl. Wahlverh.

4) So richtig die h.M. Vgl. v.Tuhr, III, S.296, A.31. Enneccerus, Schuldrecht, § 118, A.1; Rühl, Eigentumsvorbehalt, S.198 f.; Düringer-H., III, S.89 f. Anm. 107; RGR-Komm. § 446, N.4, 455, A.3; Leonhard II, 19 f, RG 85, 320; OLG 8, 445.

2. Wird im Vertriebsvertrag eine Ersetzungsbefugnis begründet?

Sie könnte in zweifacher Weise vorliegen:
1. Die Rückgabe ist geschuldet, der Vertriebsübernehmer hat aber das Gestaltungsrecht[1], die geschuldete Leistung durch Preiszahlung zu ersetzen.
2. Der Preis ist Gegenstand der Schuld, durch Rückgabe kann der Vertriebsübernehmer die geschuldete Leistung ersetzen.

Die erste Möglichkeit stellt die Interessenlage gerade auf den Kopf. Denn, daß der Vertriebsübernehmer bei Bedingungseintritt nicht zur Zahlung des Preises verpflichtet sein soll, obwohl er z.B. die Ware bereits an einen Dritten verkauft und veräußert hat, ist nicht haltbar. Denn der Vertragsinhalt ergibt, daß bei Bedingungseintritt der Hingeber einen Anspruch auf Preiszahlung hat, daß mit der Zahlung die Schuld des Vertriebsübernehmers nicht durch Leistung an Erfüllungsstatt, die er dem Hingeber aufzudrängen[2] berechtigt ist, erlischt, sondern durch Leistung des Schuldgegenstandes. Die Parteien werden nicht die Rückgabe zur Alleinschuld machen und die Preiszahlung lediglich als Ausweg für den Vertriebsübernehmer vereinbaren, da doch ihr Ziel ist, möglichst die Rückgabe zu vermeiden. Und sollte der Hingeber, wenn bereits der Bedingungseintritt feststeht, auf Rückgabe klagen müssen, obwohl sich die Ware nach dem Vertragsziel längst in der Hand dritter Abnehmer befindet? Eine Konstruktion, die die Interessenlage derart unberücksichtigt läßt, ist abzulehnen.

Auch der zweiten Möglichkeit ist nicht zuzustimmen. Der Preis soll, wie bereits mehrfach ausgeführt, erst dann Schuldgegenstand sein, wenn das Absatzrisiko den Vertriebsübernehmer an der festen Übernahme nicht mehr hindert, d.h. wenn er sich für die feste Übernahme entschieden hat. Tritt diese Bedingung nicht ein, so würde - umgekehrt wie zu 1. - der Vertriebsübernehmer mit der Rückgabe eine nicht

1) Vgl. Seckel, Festgabe f. R. Koch, S. 205.
2) Vgl. Enneccerus, § 244 I; Bosse, 15 ff. Vgl. ferner Derenberg, 45 f.

geschuldete Leistung erbringen, was dem Vertragsinhalt widerspricht, der die Rückgabepflicht - zumeist ausdrücklich sogar - enthält. Zudem würde bei zufälligem Unmöglichwerden der Rückgabe vor Bedingungseintritt der Vertriebsübernehmer zur Preiszahlung verpflichtet sein, da die geschuldete Leistung, die Preiszahlung, nicht unmöglich ist. Ein Ergebnis, das bereits oben abgelehnt wurde. Vgl. S. 72 [1].

Somit ergibt sich, daß keine der Auffassungen dem Vertragsinhalt und seiner Interessenlage entspricht.

Wir gelangen somit zu unserer Annahme eines Mischvertrages zurück, der ein auflösend bedingtes leiheähnliches Element und ein aufschiebend bedingtes Kaufelement enthält. Die Bedingung ist die Entscheidung des Vertriebsübernehmers für feste Übernahme, wie oben S. 55 ff. ausgeführt wurde. Ehe die einzelnen Rechtssätze des Typus Leihe auf ihre Anwendbarkeit geprüft werden, soll auf die wichtige Frage der dinglichen Rechtslage eingegangen werden.

5. Abschnitt.

Die dingliche Rechtslage.

Daß der Vertriebsübernehmer an der Ware noch kein Eigentum erwirbt, kann infolge der dahingehenden Verkehrssitte als feststehend gelten (vgl. oben S. 33)[2].

1) Zu dieser Frage vgl. die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Pandektenstellen, die nach dem Ausruf Dernburgs, Pand. II, § 330 A. 2, "wohl ewig zweifelhaft" und in ihrem Widerspruch "unlösbar bleiben", bei Michaelis, 45 f., Marwege 112, v. Zwehl, 46 f., Schulz, 73; nach unserer Auffassung von der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages nach geltendem Recht löst sich diese Frage ganz zwanglos. Denn bei der Leihe trägt der Verleiher die Gefahr des zufälligen Unterganges. Da das Kaufelement aufschiebend bedingt ist, kommt 446 nicht in Frage. Vgl. oben Anm. 4 S. 72.

2) Vgl. dazu, vor allem über die Streitfrage im gemeinen Recht, Thorbeck, S. 26 f. Eine Darstellung dieser heute durch das Rechtsleben selbst entschiedenen Frage an Hand der verschiedenen Pandektenstellen zu geben, erscheint im Hinblick auf die vielen bereits vorhandenen eingehenden Auseinandersetzun-

Erwirbt der Vertriebsübernehmer Eigentum später und, wenn ja, wann?

Man muß hier folgende Fälle unterscheiden:

1. Der Vertriebsübernehmer entscheidet sich für die feste Übernahme, weil er mit einem Dritten bereits einen Kaufvertrag abgeschlossen hat.

   a) Er verkauft und veräußert unmittelbar darauf oder zugleich (im letzteren Fall sogenannter Handkauf) die Ware an den Dritten.

   b) Die Veräußerung erfolgt erst später.

2. Der Vertriebsübernehmer entscheidet sich für feste Übernahme, ohne bereits einen Käufer gefunden zu haben (Selbstübernahme).

In den Fällen 1 a) und b) erwirbt der Vertriebsübernehmer nicht das Eigentum. Im Falle 2 findet ein Eigentumserwerb des Vertriebsübernehmers statt. Wann und wie dieser erfolgt, ist noch zu prüfen.

Es ist eine unnötige und schon deshalb abzulehnende Konstruktion [1], im ersten Fall (a) und b)) das Eigentum erst auf den Vertriebsübernehmer und von ihm auf den Dritten übergehen zu lassen. Denn die Wirksamkeit des Kaufelements ist ebenso zu verstehen, wenn Eigentum auf den Vertriebsübernehmer n i c h t übergeht. Die Annahme Derenbergs [2], daß der "Zeitraum, in dem der Vertriebsübernehmer das Eigentum an der Ware hat, nur ein verschwindend kleiner und in vielen Fällen unmittelbar durch den Eigentumserwerb des Drittkäufers abgelöst werde" weist bereits auf die Gezwungenheit dieser Konstruktion hin. Er gelangt zu ihr, weil er von der irrigen bereits oben S. 39 und S. 41 widerlegten Auffassung ausgeht, daß es mit dem Kaufcharakter unvereinbar sei, wenn der Käufer

---

Fortsetzung

gen unangebracht, vgl. dazu insbesondere Wendt, Rechtssatz und Dogma, Iher.J.22, S.393 f. Schulz, Beiträge; Michaelis, 38.

1) Derenberg , 102 f., Weidling, 139 f.

2) a.a.O.

kein Eigentum erwerbe[1].

Die Parallele zum Durchgangserwerb bei den Geschäftsbesorgungsverträgen insbesondere der Kommission, ist aus zwei Gründen verfehlt. Diese Ansicht übersieht, daß die Einkaufskommission keine Vergleichspunkte aufweist. Denn bei ihr handelt es sich um die Frage des Eigentums-Übergangs von einem außenstehenden Dritten auf den Kommissionär und nicht, wie bei der Verkaufskommission, um die Frage des Eigentumsübergangs vom Kommittenten auf den Dritten. Und ferner ist die Interessenlage bei der Einkaufskommission, bei der nach herrschender Meinung der Kommissionär Eigentümer, jedenfalls zunächst, wird[2], durchaus verschieden, im Vergleich zum Vertriebsvertrag. Der Einkaufskommissionär hat ein erhebliches Interesse am Eigentumserwerb, weil er für seine Ansprüche gegen den Kommittenten gesichert sein will[3]. Ein solches Interesse fehlt hier.

Die Rechtslage ist vielmehr die: Der Vertriebsübernehmer überträgt in dem Falle, in dem er die Ware deshalb fest übernimmt, weil er einen bestimmten Dritten die Ware verkauft hat, diesem Dritten das Eigentum des Hingebers nach § 185 I. Nach dem Sinn des Vertriebsvertrages, der zwar nicht ausdrücklich aber durch interessengemäße Entfaltung des unmittelbar Erklärten als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, wird der Hingeber durch die wirksame Veräußerung nach § 185 von seiner Eigentumsverschaffungspflicht dem Vertriebsübernehmer gegenüber befreit. Ein dem Kaufvertrag zu Gunsten (nicht zu Rechten) des Dritten ähnlicher Vorgang[4].

Unsere Auffassung stimmt auch mit der Regelung der buchhändlerischen Verkehrsordnung § 13 b über-

1) Auch Thorbeck, 47, geht von diesem falschen Auffassung aus, er nimmt aber richtig § 185 I an..

2) Vgl. dazu Manigk, Interessenjurisprudenz, Art. im Handwörterbuch d.R.W. (gegen Müller-Erzbach, Mittelbare Stellvertretung). Vgl. ferner Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf. 1892, und ZHR 47, S. 183.

3) Vgl. Manigk, a.a.O. Näher ist auf diese Fragen im Rahmen unserer Untersuchung nicht einzugehen.

4) Vgl. oben S. 39 f.

ein, die ausdrücklich sagt: "Der Sortimenter hat über das Bedingtgut das Verfügungsrecht bis zum vereinbarten Abrechnungstermin."

Sie entspricht auch der Interessenlage der Parteien. Der Hingeber will erst dann seine dinglichen Rechte an der Ware verlieren, wenn sie dahin gelangt ist, wohin sie nach dem Inhalt des Vertriebsvertrages gelangen soll, nämlich im Falle der Selbstübernahme an den Vertriebsübernehmer selbst, im Falle des Verkaufs an einen Dritten erst mit der Hingabe an den Dritten. Der Käufer (= Vertriebsübernehmer) hat seinerseits im letzteren Fall kein Interesse am Eigentumserwerb, da er ja nicht - wie der Einkaufskommissionär - einer Sicherung seiner Ansprüche gegen den Hingeber bedarf.

Nur in einem Falle besteht ein Interesse für ihn. Wenn er dem Hingeber den Kaufpreis z a h l t , ohne vorher dem Dritten die Ware veräußert zu haben.

Wie in diesem Fall das Eigentum auf ihn übergeht, ist ebenso zu beantworten, wie im oben unter 2 genannten Fall der Selbstübernahme, der jetzt behandelt werden soll.

Mit der Entscheidung für feste Übernahme tritt die (zugleich auflösende und aufschiebende)[1] Bedingung ein. Damit wird das Kaufelement wirksam, d.h. es treten die obligatorischen Kaufwirkungen ein. Die dingliche Rechtslage wird davon nicht berührt.

Die Annahme einer bei der Hingabe erfolgenden aufschiebend bedingten Einigung über den Eigentumsübergang befriedigt nicht, weil dann im Falle des Verkaufs und gleichzeitiger Veräußerung an den Dritten der Vertriebsübernehmer zugleich Eigentum erwerben und übertragen würde. Eine juristische Konstruktion soll aber möglichst einfach sein und nur dann mit 'Zeitsekunden' eine rechtliche Einordnung vornehmen, wenn ein anderer befriedigender Weg nicht möglich ist.

Man könnte an eine Vollmacht denken, die der Hingeber dem Vertriebsübernehmer für den Fall der

1) Vgl. oben S. 47.

Selbstübernahme erteilt, auf Grund deren er nach § 181 im Wege des Insichgeschäfts Eigentum an sich übertragen könnte. Und zwar in Erfüllung der Verbindlichkeit des Hingebers aus dem mit der Selbstübernahme wirksam gewordenen Kauf [1]

Aber der Hingeber erteilt ihm keine Vollmacht. Der Vertriebsübernehmer handelt stets im eigenen Namen. Es wäre - scheint es - demnach nur möglich, folgenden Weg zu gehen. Der Hingeber erteilt ihm Verfügungsmacht, nach § 185 I im eigenen Namen über das Eigentum an der Ware zu verfügen. Wenn der Vertriebsübernehmer selbst Eigentum erwerben wolle, so müsse er mit sich in eigenem Namen als Verfügungsberechtigter und als Erwerber die Einigung nach § 929 I,2 BGB vollziehen. Für eine so erweiterte Anwendung des § 181 besteht aber kein Bedürfnis.

Wir finden im BGB selbst einen der Selbstübernahme durchaus entsprechenden Fall für die Frage des Eigentumserwerbs. Es ist der Fall des Eigentumserwerbs des Hinterlegers, dem die "Aneignung" gestattet ist: § 700 I,2, der uns bereits oben in anderer Richtung beschäftigte [2] und uns hier wiederum wertvolle Dienste zu leisten vermag.

Die Selbstübernahme ist nach dem Vertragsinhalt ein von den Parteien vorgesehener Fall der festen Übernahme. Der Hingeber g e s t a t t e t dem Vertriebsübernehmer, über das Eigentum zu verfügen. Ob auf Grund dieser eingeräumten Verfügungsmacht der Vertriebsübernehmer oder ein Dritter Eigentum erwerben soll, ist dem Vertriebsübernehmer freigestellt. Die Wirksamkeit der Verfügung des Vertriebsübernehmers bei Veräußerung an den Dritten nach § 185 I ist deshalb nur ein Fall der ihm vom Hingeber gestatteten Eigentumsentziehung.

Die Gestattung des Hingebers geht weiter als in 700 I,2. Sie enthält die Einwilligung zu der vom Vertriebsübernehmer Dritten gegenüber vorgenommenen Veräußerung (§ 1851) und für den Fall des Selbsteintritts die Gestattung des Eigentumserwerbs durch An-

1) So Makower für die ähnliche Frage beim Selbsteintritt des Verkaufskomm. § 383, A.XI.h.t.
2) S. 54.

eignung.

Diese Aneignung ist mit der im Gesetz in § 700 I,2[1] vorgesehenen Aneignung auf Grund Gestattung identisch.

Die Bestimmung der Rechtsnatur dieser Aneignung, von der die Frage, wann der Eigentumserwerb stattfindet, abhängt, macht die gleichen Schwierigkeiten, die wir bereits oben bei der Behandlung der Rechtsnatur der "Entscheidung für feste Übernahme"erkannt haben.

Die Aneignung ist ein dinglich wirkendes einseitiges Rechtsgeschäft. Sie kann ebenso wie die "Entscheidung" des Vertriebsübernehmers nicht als Willenserklärung angesehen werden, weil diese eine Kundgebung an den Hingeber erfordern würde. Der Vertriebsübernehmer soll aber ebenso wie er ohne jede Kundgebung an den Hingeber dem Dritten nach § 185 I. Eigentum verschaffen kann, auch im Falle der Selbstübernahme selbst ohne Kundgabe an den Hingeber Eigentum erwerben können. Diese Aneignung ist somit in einheitlicher Richtung wie die Verfügung an den Dritten, die ihm gestattet ist, zu betrachten. Ja, sie kann als die nach § 181 I an sich selbst das Eigentum übertragende Verfügung angesehen werden, jedenfalls ist der Aneignung diese Aufgabe zugewiesen. Ebenso wie der Hingeber auf irgend eine Beteiligung bei der Verfügung an den Dritten verzichtet hat,hat er auf irgend eine Kundgebung von der Aneignung als einem Wirksamkeitserfordernis verzichtet. Der Vertriebsvertrag scheint ein Beispiel gerade dafür zu sein, daß auch außerhalb des § 151 ein Verzicht auf das Kundgebungserfordernis für zulässig gehalten werden muß. Denn es entspricht nur ein Eigentumserwerb des Vertriebsübernehmers ohne die für Willenserklärung notwendige Kundgabe der Interessenlagedem Vertriebsvertrag. Vor allem erfordert es das Interesse des Vertriebsübernehmers, daß er nicht schlechtergestellt wird, wie der Dritte, der ohne Kundgabe an den Hingeber auf Grund der Verfügung des Vertriebs-

1) Thorbeck,S.60 zieht § 700 heran,ohne auf die R.-natur der Aneignung einzugehen und auch ohne die Verbindung mit § 185 zu sehen.

übernehmers Eigentum erwirbt. Der Hingeber hat sich aber nach dem Inhalt des Vertriebsvertrages mit der Verfügung an den Dritten ebenso einverstanden erklärt wie mit dem Selbsterwerb des Vertriebsübernehmers. Ein verschiedenartiges Interesse des Hingebers im Falle der Entscheidung für Selbstübernahme und im Falle der festen Übernahme infolge des bereits abgeschlossenen Kaufvertrages besteht nicht. Denn in beiden Fällen ist die gleiche Bedingung, die Entscheidung für feste Übernahme, eingetreten und die gleichen Wirkungen treten ein. In beiden Fällen kann sich der Hingeber in gleicher Weise und nur an den Vertriebsübernehmer wegen des Kaufpreises halten.

Daß die Aneignung streitig und schwer erweislich werden kann, ist nicht zu leugnen. Aber der Hingeber hat durch die dem Vertriebsvertrag wesentliche Gestattung gezeigt, daß er kein Interesse daran habe, den Zeitpunkt, in dem er sein Eigentum verliert, sofort zu erfahren. Er hat, wie sich oben bei Betrachtung der Interessenlage ergab, Gründe, warum er die Entscheidung auch des Zeitpunktes dem Vertriebsübernehmer anheimstellt, ähnlich wie der Offerent im Falle des § 151.

Wenn ein bestimmter Abrechnungstermin vereinbart ist, wird der Hingeber zumeist erst zu diesem Zeitpunkt über die Rechtslage unterrichtet. Er kann auch in diesem Fall, wie sich unten zeigen wird, jederzeit Auskunft verlangen. Solange aber der Vertriebsübernehmer dem Hingeber die erfolgte Aneignung nicht kundgetan hat, kommt ein zu schützendes Vertrauen des Hingebers nicht in Frage.

Eine Anfechtung bei Irrtum insbesondere ist also solange unnötig. Erst wenn der Vertriebsübernehmer den Weg der Willenserklärung beschreitet, was ihm jederzeit offensteht, entsteht das Schutzbedürfnis des Gegners [1]. Nur für den Inhalt einer Mitteilung ist er verantwortlich.

Die Aneignung ist somit ein Willensgeschäft,

1) Vgl. darüber eingehend Manigk, WeWg 539 ff, 560 ff. Iher. J. 100 f. a.a.O.

ein bisher außer in § 700 I,2 BGB[1] nicht gesehener Fall.

Zumeist wird, da zur Wirksamkeit des Willensgeschäfts die Vollendung des Willens in einem entsprechenden V e r h a l t e n erforderlich ist[2], sich sowohl der auf Herbeiführung der Änderung in den obligatorischen Rechtsbeziehungen gerichtete "Entscheidungs"-Wille wie der auf den Eigentumserwerb gerichtete Aneignunswille in derselben Handlung vollenden.
Aber die Vollendung beider Willensgeschäfte kann ebenso auseinanderfallen[3].

Die Frage, w a n n der Eigentumserwerb stattfindet, ist deshalb generell nicht zu entscheiden. Es ist Frage des Einzelfalls, wann sich der Aneignungswille in einem "seinem Inhalt zur Zeit entsprechenden körperlichen Verhalten[4]" vollendet hat. Die Indizienfrage darf nicht zur Frage materieller Erheblichkeit gestempelt werden.

6. Abschnitt.

Die Anwendung der Rechtssätze der Leihe und des Kaufs.

Die obligatorische Rechtslage ist auf Grundlage der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages, wie sie hier herauszuarbeiten versucht wurde, an Hand des Gesetzes klar zu stellen.
Für das buchhändlerische Konditions- (oder Bedingt-) geschäft besteht die ausführliche Regelung in der B.V.O., die die allgemein geltenden Gewohnheiten und Gebräuche feststellt, wie sie sich im Buchhandel im Laufe seiner Geschichte entwickelt haben. Es kann hier auf die Entwicklung des buchhändlerischen Kon-

1) Wie oben für die Aneignung in § 700 I,2 Manigk WeWg 529 ff.
2) Vgl. näher zu dieser Frage Manigk, We 434 f. 440 f, 450.
3) Näheres über die Vollendung der Aneignung in § 700 BGB., Manigk, 529 f. Die Ausführungen sind auch in unserem Fall zu verwerten.
4) Vgl. Anm. 1) oben.

ditionsgeschäfts nicht näher eingegangen werden [1]. Erwähnenswert ist aber der Zusammenprall der Buchhändlerinteressen mit denen der Verleger im Jahre 1788, der überaus klar die beiden mit den im Handel erscheinenden Büchern verbundenen Risiken, Absatz- und Vertragsrisiko, zu beleuchten geeignet ist [2].

Für die Rechtslage des buchhändlerischen Konditionsgeschäfts sind aber die im folgenden erörterten Rechtssätze ergänzend heranzuziehen.

Bis zum Bedingungseintritt sind die Leiherechtssätze analog anzuwenden [3].
Die Frage, ob der Vertriebsvertrag - wie im römischen Recht - ein Realvertrag [4] ist, ist zu bejahen. Denn sein Inhalt ist auf die Übergabe als Voraussetzung abgestellt. Auf die große Streitfrage [5] hier einzugehen, würde zu weit führen. Es ist aber nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch zulässig, daß der Vertriebsvertrag schon vor Übergabe wirksam als reiner Konsensualvertrag abgeschlossen wird und erst den Anspruch auf Übergabe hervorbringt [6]. Dies ist insbesondere im Hinblick auf das der Leihe im Sinne des Gesetzes fremde Kaufelement zu bejahen.

Zu § 598. Der Verleiher ist zur Gestattung des Gebrauchs im oben ausgeführten Sinne verpflichtet. Für den Regelfall besteht keine Pflicht zur "Gebrauchsgewährung". Die Gestattungspflicht ist somit weniger eine positive Leistungspflicht [7], als eine

---

1) Vgl.dazu Buhl,ZHR,25,142 f;Weidling,a.a.O.S. 1 ff. Schürmann, Entwicklung d.d.Buchhandels,1880;Wächter,ZHR 2,479 f;Wiener,ZHR 40,367; Draesner,Konditionsgeschäft,89 ff.;Paschke u.Rath,Lehrbuch d. d.Buchh.1912.Lücke,Kostenfrage im Sortimentsbuchhandel,S.1 ff. - Bei Paschke u.Rath,Draesner vor allem auch über das Rechnungswesen.

2) Vgl.Schürmann,Entwicklung d.d.Buchhandels,S.93 f.

3) Vgl.oben S. 46.

4) So die h.M.Vgl.Planck,Vorbem.1 vor 598;Crome,§246 A,6;Enneccerus, Gierke a.a.O. S.571;Leonhard,II,183.

5) Anders wie oben Cosack,§ 203 I;Kipp-Windscheid, Pandekten 591;vgl.näher Oertmann,§ 598,Anm.1.

6) Vgl.dazu Brütt,Abstrakte Forderung,S.16 f.Leonhard, a.a.O., ferner I, 288 f.Enneccerus-Lehmann § 137, Anm. 3.

7) Wohl die Pflicht zur Gestattung der Verfügung u. Aneignung.

Pflicht, den Vertriebsübernehmer im Gebrauch nicht zu stören, wie Oertmann [1] richtig bemerkt.

Zu § 599. Die gemilderte Haftung ist auf den Hingeber nicht zu übertragen. Wenn auch Enneccerus [2] mit Recht für die Leihe immer § 599 anwendet, auch wenn der Verleiher im Einzelfall am Gebrauch interessiert ist, so sind wir an die Entscheidung des Gesetzes für den Vertriebsvertrag jedenfalls nicht gebunden. Denn es handelt sich hier nur um eine analoge Anwendung, die begründet sein muß in der dem gesetzlichen Werturteil entsprechenden Interessenlage. Das Gesetz hat aber - wie sich aus §§ 599, 521 insbesonders ergibt, die Milderung der Haftung nur für die Fälle festsetzen wollen, in denen (regelmäßig) eine Leistung ohne eigenen Vorteil vorliegt [3]. Da beim Vertriebsvertrag die Hingabe im beiderseitigen Interesse geschieht; wenn auch der Vertriebsübernehmer für eigene Rechnung handelt und der Gebrauch zur Erzielung eines ihm gewinnbringenden Absatzes bestimmt ist, so genügt zum Ausschluß von § 599, daß durch den Gebrauch die Möglichkeit für die feste Übernahme geschaffen werden soll. Dadurch erfolgt der Gebrauch auch im Interesse des Hingebers.

Zu § 600. Die weitere Milderung, daß der Entleiher für Mängel der Sache nur bei Arglist für den Irrtumsschaden haftet, ist ebenso mit dem Vertriebsvertrag nicht zu vereinbaren.
Es ist vielmehr § 276 BGB anzuwenden.

Zu § 601. Dieser § ist anwendbar und gibt eine billige Lösung auch für den Vertriebsvertrag.

Zu § 602. Bereits oben war von der Anwendbarkeit dieses § die Rede. Vgl. S. 69. Er ist wichtig, weil auch sorgfältige Verwendung der Ware zur Sicherung des Absatzes mit Veränderungen oder Verschlechterungen verbunden sein kann. Die Ware verliert durch Ausstellen am Verkaufsplatz ihren Farbglanz durch die Sonnenstrahlen, die zur Ansicht versandte Ware wird vom Dritten schlecht behandelt, obwohl der Vertriebsübernehmer ihn zu sorgfältiger Obhut angehalten hat. Der Schaden ist nicht behebbar. Dann hat der Ver-

1) a.a.O.
2) § 361, Anm 1.
3) Vgl. Pr.ALR I, 21 § 257; § 1177 Sächs.BGB; Motive S.446, Prot. II, 269, 70.

triebsübernehmer nicht dafür einzustehen, Er hat bloß nach 242 eventuelle Ersatzansprüche dem Hingeber abzutreten oder ihn insoweit schadlos zu halten, als er vom Dritten bereits Ersatzleistungen erhalten hat. Würde ein bloßer aufschiebend bedingter Kaufvertrag vorliegen, so würde ihm ein solcher Gebrauch vor festem Ankauf als Verschulden anzurechnen sein.

Zu § 603. Der Umfang des gestatteten Gebrauchs ergibt sich aus dem Vertriebsvertrag. Er umfaßt alle die Gebrauchshandlungen, die der Minderung und Beseitigung des Absatzrisikos dienen. Vgl. oben S. 43.

Der Vertriebsübernehmer ist im Zweifel nur zu diesem Gebrauch berechtigt. Aber ebenso wie bei der Leihe eine Gebrauchspflicht vereinbart sein kann [1], kann der Vertriebsübernehmer, ohne daß man einen besonderen Dienstvertrag [2] annehmen dürfte, zu diesem Gebrauch verpflichtet sein. Diese Pflicht wird oft dann als begründet anzusehen sein, wenn der Hingeber bei Abschluß des Vertriebsvertrages sein besonderes Interesse an einem möglichst baldigen Absatz des Gegenstandes betont und der Vertriebsübernehmer dem zu entsprechen sich bereit erklärt hat.
Der große gemeinrechtliche Streit über die Bedeutung des "vendendum dare" [3], der zu den sogenannten Berechtigungs- und Verpflichtungstheorien geführt hat, besteht für das geltende Recht nicht mehr. Es ergibt sich aus unserer Untersuchung, daß beide Theorien falsch sind, wenn sie als einzig für den Vertriebsvertrag passend hingestellt werden. Insbesondere ist der Verpflichtungstheorie nicht zuzustimmen, wenn sie aus der lex 2 D.19,3 "haec actio (=actio aestimatoria praescriptis verbis) utilis est, et si merces inter-

1) Vgl. Enneccerus, § 361, A.2; Eck, Vorträge, 506; Dernburg, § 321 Anm. 5.

2) Zur gezwungenen Annahme einer Vertragsverbindung gelangt Schmidt-Rimpler, 532, weil in den bloßen Kaufvertrag eine solche Pflicht nicht einbezogen werden kann.

3) Vgl. dazu Brinz, S.6 f.; Schulz, S.72 f.; Windscheid, Pandekten II, S.575; Thorbeck, 18 f.; Verpflichtung. Für bloße Berechtigung: Chambon, S.56, 103; Endemann, S. 1021, N.4; Dernburg, Pandekten 2, S.330; Arnold, 16; v.Zwehl, 32; Friedrichs, 11; Hirschberg, 12, Reinhold, 9, Glück, Pandekten, Bd. 18, S.61.

venit" folgert, daß aus dem Begriff "merces"hervorgehe, daß eine Verkaufsbemühungspflicht belohnt werde. Einmal besagt die Stelle für den dem Vertriebsvertrag typischen Tatbestand nichts Entscheidendes, weil der Titel 3 des 19. Buches die verschiedensten Tatbestände behandelt. Die actio aestimatoria praescriptis verbis findet nach den Pandekten auf sehr verschiedene Tatbestände Anwendung [1]. Ferner is ein Lohn für die Bemühungspflicht beim Vertriebsvertrag nicht vereinbart. Sondern der Gewinn aus dem Verkauf ist der Gewinn des für eigene Rechnung handelnden Vertriebsübernehmers, den er aus einem eigenen, nicht fremden Geschäft zieht. Der Berechtigungstheorie ist vor allem entgegenzuhalten,daß das von ihr zugegebene Interesse des Hingebers am Verkauf sich sehr wohl zu einem vertraglichen Anspruch verdichten kann, der auf einen Gebrauch der Ware mit dem Ziele des Absatzes durch den Vertriebsübernehmer gerichtet ist. Im Zweifel allerdings ist ein solcher Anspruch nicht anzunehmen. Denn das eigene Interesse des Vertriebsübernehmers am Gewinn ist regelmäßig ein genügender Ansporn für ihn, die Ware nicht liegen zu lassen, sondern sich um ihren Absatz zu bemühen, indem er sie ausstellt, feilhält usw. Auch fehlt meistens dem Hingeber eine Kontrollmöglichkeit [2], ob der Vertriebsübernehmer sich um den Absatz müht, so daß die Vereinbarung einer Verpflichtung für ihn zwecklos wäre. Aber es sind auch andere Fälle denkbar. So kann ein Fabrikant sehr wohl kontrollieren, ob in den betreffenden Gebieten seine Waren vom Vertriebsübernehmer zum Verkauf angeboten werden. Deshalb ist Siber [3] nicht zuzustimmen, wenn er eine solche Verpflichtung für völlig wertlos ansieht. Richtig ist vielmehr, daß es auf den Einzelfall ankommt [4], ob sie im Vertrage liegt.

Auf eine dem Vertriebsvertrag u.E. eigentümliche Erscheinung ist in diesem Zusammenhang hinzuwei-

1) Vgl.Derenberg,32 ff.; 88 f.; Schulz a.a.O.
2) Aus diesem Grunde vor allem verneint Siber,Rechtszwang,S.29 die Verpflichtung (im Zw.).
3) a.a.O.
4) So auch Marwege, a.a.O. Siber, a.a.O.

sen. Es besteht nach dem Ausgeführten im Zweifel keine Verpflichtung des Vertriebsübernehmers, den Absatz der Ware durch entsprechendes Verhalten zu fördern. Wie ist es aber, wenn er einen Käufer zurückweist, ohne daß er einen sachlichen Grund dazu hat? Läge ein Kauf auf Probe vor, so wäre nichts dagegen zu tun, denn die Billigung steht im reinen Belieben des Käufers. Hier zeigt sich aber, daß die eigenartige Verknüpfung des leiheähnlichen Bestandteils mit dem Kaufbestandteil auf ein Geschäft hinweist, das auf der Grundlage besonderen Vertrauens geschlossen wird. Der Hingeber begibt sich mit der Überlassung der Ware der Möglichkeit, die Ware selbst zu verwerten. Er hat zwar keinen Anspruch auf Gebrauch zum Zwecke ihres Absatzes gegen den Vertriebsübernehmer. Aber der Vertriebsübernehmer darf nach Treu und Glauben nicht die Möglichkeiten, die sich ihm ergeben, a u s s c h l a g e n . Man kann den Vertriebsvertrag als ein Vertrauensgeschäft bezeichnen, das Rumpf [1] in den Verträgen sieht, in denen die Vertragsgenossen auf der Grundlage des Vertrauens in eine nahe und vielseitige Beziehung treten, die meist von einiger Dauer ist. Die Entscheidung für feste Übernahme soll deshalb nicht von seiner Willkür abhängen. Die Unterlassung des vertragsmäßigen Gebrauchs verstößt nicht gegen eine Rechtspflicht, weil er in der Regel nicht zum Gebrauch verpflichtet ist. Wenn sich aber auf Grund des Gebrauchs oder ohne ihn eine dem Vertriebsübernehmer nach Treu und Glauben zumutbare Absatzmöglichkeit ergibt, darf er den Abschluß des Kaufvertrages mit dem Dritten nicht vereiteln, um so nicht Gelegenheit zu erhalten, seine Entscheidung für feste Übernahme zu treffen. Sonst vereitelt er damit den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben, und nach § 162 I gilt die Bedingung als eingetreten. Schließt er den Kaufvertrag wohl mit dem Dritten ab, und veräußert er die Ware, will er sich aber bewußt damit nicht für die feste Übernahme entscheiden, so ist das Rechtsgeschäft der Entscheidung nicht zustande gekommen. Es verhält sich hier entsprechend dem Fall, wenn jemand von

1) Vgl. Rumpf, Arch.f.civ.Prax. 119, 1 ff. Vgl. Derenberg, S.90, der dies richtig sieht; aber seine Annahme des bloßen Kaufs ist damit nicht vereinbar.

einem Verkaufsbüffet ein Stück Torte nimmt und es verzehrt, ohne es bezahlen zu wollen d.h., wenn er bewußt rechtswidrig handeln will. Dann hat er nicht nach § 151 die Verkaufsofferte angenommen, denn er hat kein Rechtsgeschäft, sondern eine rechtswidrige Handlung vorgenommen. - Steht es fest, daß des Vertriebsübernehmers Verhalten nicht als Vollendung seines Entscheidungswillens angesehen werden kann, so ist aber damit der Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert, und der Hingeber kann sich auf Grund von § 162 aus dem Vertriebsvertrag an ihn halten.

Obwohl § 162, wie der Reichsgerichtsrätekommentar[1] richtig hervorhebt auf solche Fälle grundsätzlich nicht anwendbar ist, bei denen es von der Willkür einer Partei abhängt, ob die Bedingung erfüllt wird, so zeigt sich gerade beim Vertriebsvertrag, daß auch bei Abhängigkeit von einer Willensentscheidung die Nichtvornahme dieser Willensentscheidung als eine wider Treu und Glauben erfolgende Verhinderung des Bedingungseintritts angesehen werden kann.

Es besteht daher - ganz im Gegensatz zum Kauf auf Probe - ein rechtliches Gehaltensein zur Vornahme der Entscheidung in gewissen Fällen. Es besteht kein Anspruch auf Vornahme, die Entscheidung ist kein Schuldgegenstand. Und doch ist ihre Nichtvornahme ein Verstoß gegen Treu und Glauben auf Grund der Beziehungen der Parteien. Man könnte insoweit den Vertriebsvertrag im Zusammenhang mit dem von Manigk[2] herausgestellten Begriff der "Rechtspflichten, die keine Schuldverhältnisse sind" betrachten.

Zu § 604. Dieser § paßt treffend auf den Vertriebsvertrag. Nach dem Fristablauf ist die Ware - falls nicht die Bedingung eingetreten ist - zurückzugeben. Abs. II: Satz 1 und Satz 2: Ist keine Zeit bestimmt, so muß der Vertriebsübernehmer die Ware erst dann zurückgeben, wenn er eine angemessene Zeit Gelegenheit zu dem sich aus dem Zwecke des Vertriebsvertrages ergebenden Gebrauch gehabt hat. Hat er die Zeit verstreichen lassen, ohne die Gelegenheit zum Gebrauch zu benützen, so kann der Hingeber doch

1) § 162,2.
2) Artikel "Schuldverhältnisse" gegen Ende; Hdwb.d.R.W.

die Ware zurückfordern.
Abs. III ist nicht anzuwenden, weil er nur dann Platz greift, wenn sich aus dem Zwecke des Vertrages seine Dauer nicht bestimmen läßt. Beim Vertriebsvertrag ist aber stets eine angemessene, meist durch Verkehrssitte bestimmbare Zeit festzustellen.
Abs. IV ist von erheblicher Bedeutung. Er ist einer der wenigen Fälle, in denen ein Schuldverhältnis nach geltendem Recht über die Vertragsparteien hinaus wirkt. Hier zeigt sich,wieder besonders,wie wertvoll die analoge Anwendung der Leiheregeln für den Vertriebsvertrag ist. Der Hingeber hat so einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten, dem der Vertriebsübernehmer die Sache,ohne sie fest zu übernehmen, zum Gebrauch überlassen hat. Besondere Bedeutung hat dieser Anspruch für einen Hingeber, der selbst kein Eigentum an der Ware hat, somit einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen den Dritten nicht hat. Auf diese Weise ergibt sich die Möglichkeit,daß ein Kommissionär eine Verkaufskommission durch Abschluß eines Vertriebsvertrages ausführen kann, ohne Gefahr zu laufen, gegen Dritte nicht unmittelbare Ansprüche zu haben. Er braucht sich dann auf diese Weise nicht erst die dinglichen Ansprüche des Kommittenten abtreten zu lassen.

Zu § 605. Die analoge Anwendung des § 605,Z. 1 ist nicht möglich.Denn aus dem Vertriebsvertrag ergibt sich, daß die Ware hingegeben wird, damit der Vertriebsübernehmer sie innerhalb seines Geschäftsbetriebes absetzen kann. Das Interesse des Vertriebsübernehmers an sicheren Durchführbarkeit seiner Pläne verlangt es, daß er nicht inmitten von Verhandlungen über die Ware zur Rückgabe verpflichtet ist. Da der Vertrag ihm gerade die Absatzmöglichkeit geben will, ist § 605 Z.1, d.h. die Rückgabepflicht, wenn der Hingeber infolge eines unvorhergesehenen Umstandes der Sache bedarf, mit dem Vertriebsvertrag nicht vereinbar.
Ziff.2 hingegen gewährt dem Hingeber einen dem "Vertrauensgeschäft" Vertriebsvertrag sehr entsprechenden Rückgabeanspruch, wenn der Vertriebsübernehmer von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, insbesondere unbefugt den Gebrauch einem Dritten überläßt oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm

obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet.

Die richtige Interessenentscheidung des Gesetzes gibt damit dem Hingeber eine bedeutungsvolle Handhabe gegen den Vertriebsübernehmer, der in der bezeichneten Weise mit der Ware verfährt.
Ziff.3 ist im Hinblick auf den versachlichten Geschäftsverkehr des heutigen Wirtschaftslebens nicht anwendbar. Es kann sich allerdings im Einzelfall ergeben, daß das Vertrauen nicht dem Unternehmen, sondern dem Vertriebsübernehmer als Persönlichkeit geschenkt ist, insbesondere bei Vertriebsverträgen unter Privatleuten. Dann ist im Falle der Todes des Vertriebsübernehmers der Hingeber zur Rückforderung berechtigt.
Zu § 606. Die ratio des Gesetzes ist: möglichst baldige Auseinandersetzung zwischen Verleiher und Entleiher, Mieter und Vermieter (§ 558) [1]. Dieselben Gesichtspunkte sprechen für die analoge Anwendbarkeit dieser Regelung, die Verjährungsfristen erheblich verkürzt.

Tritt die Bedingung ein, d.h. entscheidet sich der Vertriebsübernehmer für die feste Übernahme, so treten die Wirkungen des Kaufelements ein. Die Rechtswirkungen des Leihebestandteils hören für die Zukunft auf. Soweit aber Ansprüche bereits aus ihm entstanden sind, bleiben sie bestehen; es ist z.B. der Hingeber zur Rückforderung aus einem der aufgeführten Gründe berechtigt (vgl. § 604, Abs. II, 2; 605 Z.2 oder 3). Der Vertriebsübernehmer kommt mit der Rückgabe in Verzug. Der Hingeber hat dadurch einen Schaden, denn er hätte die Ware bei rechtzeitigem Erhalt zu einem besonders günstigen Preise verkaufen können. Nachdem der Vertriebsübernehmer bereits in Verzug gesetzt ist, entscheidet er sich, weil die vereinbarte Frist noch nicht abgelaufen ist, für die feste Übernahme. Dann treten die Kaufwirkungen ein, aber der Schadensersatzanspruch wegen Verzugs nach § 286 I bleibt bestehen. Das Leiheelement hat also auch im Falle des Bedingungseintritts große Bedeutung.

Die Rechtssätze des Kaufs sind unmittelbar anwendbar. Mit Bedingungseintritt geht, da der Ver-

1) Vgl. Protokolle, 2, 177, 194.

triebsübernehmer bereits die Ware erhalten hat, die Gefahr nach § 446 auf ihn über. Es erübrigt sich, im einzelnen die Rechtssätze des Kaufs zu betrachten, weil sie unmittelbar in ihrer Gesamtheit anzuwenden sind.

Unsere Untersuchung konnte somit durch die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertriebsvertrages als Mischvertrag besonderer Art eine feste Grundlage für seine rechtliche Behandlung schaffen. Die Tatbestände der Rechtswirklichkeit, die dem verkehrsmäßigen Typus Vertriebsvertrag entsprechen, bedürfen einer einheitlichen und sicheren rechtlichen Behandlung. Neuerdings wurde für ihn treffend der Name Vertriebsvertrag [1] vorgeschlagen. Es ist anzustreben, daß er sich im Rechtsverkehr durchsetzt.
Aber auf den Namen kommt es nicht an. Ist eine zuverlässige an das Gesetz angelehnte Grundlage für seine rechtliche Beurteilung gegeben, so werden auch die Schwierigkeiten der Auslegung im Einzelfall, ob ein Vertriebsvertrag vorliegt, leichter gemeistert werden. Die Rechtsordnung wird nur im Einzelfall verwirklicht. Durch Aufdeckung ihres Geltungsbereichs dieser Verwirklichung der Rechtsordnung zu dienen, war das Ziel unserer Untersuchung.

1) Von Hedemann, 114.

Literaturverzeichnis.

André: Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. In Festgabe für Enneccerus. 1913.

Arnold: Über den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission. Diss. Erlangen, 1895/96.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts II, 1889.

Brinz: Kritische Blätter civilistischen Inhalts, Nr. 1, Die Lehre vom contractus aestimatorius (Kritik über Chamborns Beitr. zum Oblig. Recht) 1852.

Bosse: Ersetzungsbefugnis, In Eberings Rechtswissenschaftlichen Studien. Heft 22, 1924.

Buhl: Das Konditionsgeschäft, in der Zeitschrift f.d.gesamte Handelsrecht 25, S. 142 ff.

Buchhändlerische Verkehrsordnung. Angenommen in der Hauptversammlung des Börsenvereins der Deutschen Buchhändler, Leipzig, 24. April 1910. Neufassung: 18. Mai 1919 und 29. April 1923. Neueste Fassung: 3. Mai 1931.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I, 1900. Bd. II, 1 u. 2 1902.

" Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Dechamps: Die obligatorischen Wahlverhältnisse, 1901.

Derenberg: Der Trödelvertrag, Diss. Hamburg, 1926.

Dernburg: Das bürgerl. Recht, Bd. I u. II, 1 u. 2, 1906.

Draesner: Das Konditionsgeschäft, Diss. Greifswald, 1919.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch, Bd. IV u. V, 1932.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 2 1918, Bd. V, 1 1928.

Ehrenzweig: System des österreichischen Privatrechts, Bd. II, 1 1920.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl.Rechts,Bd.I,1903.

Ennecccrus:Lehrbuch des bürgerl.Rechts,Bd.I,1 Allgem. Teil,Bd.I,2 Schuldverhältnisse,1928.

" Rechtsgeschäft,Bedingung und Anfangstermin, 1899.

Ennecccrus-Lehmann:Schuldrecht, 1930.

Ennecccrus-Nipperdey:Allgem.Teil des bürgerl.Rechts, 1933.

Fischer: Gegenseitige Verträge mit Typenvermengung. Ein Beitrag zum Problem der gemischten Verträge,Diss.Marburg,1931.

Friedrichs:Trödelvertrag und Conditionsvertrag,Diss. Breslau,1890.

Gierke,Julius: Handelsrecht,Bd.6 der Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft,7.Aufl. 1933.

Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932.

" Das Problem der Rechtsgewinnung,1912 (1932).

" Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,im Archiv f.d.civil.Praxis,Bd.112, 1914.

" Grundriß des Schuldrechts,1929.

Hirschberg:Der contractus aestimatorius und seine Beziehungen zum buchhändlerischen Konditionsgeschäft und zur Verkaufskommission, Diss.Göttingen,1897.

Hoeniger: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge,Bd.I, Die gemischten Verträge in ihren grundformen,1910.

Hoormann: Artikel Trödelvertrag im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft,Bd.VI, S.69 f.

Jung: Bürgerliches Recht,in:Das gesamte deutsche Recht,herausgegeben v.R.Stammler,1931.

" Rechtsregel und Rechtsgewissen,im Archiv f.d.civil.Praxis,Bd.118,S.1 ff.

Jung: Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens, in Iher.J. Bd. 69, S.79 ff.
Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf 1892, und ZHR 47, 183 f.

Ihering: Geist des römischen Rechts, II, 2.

Krass: Über die alternative Vertragskoppelung, Diss. Erlangen, 1930.

Leonhard, Fr.: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, im Archiv f.d.civil.Praxis, Bd.120, S.1 ff., 1922,

" Die Beweislast, 2.Aufl.1926.

" Die Wahl bei der Wahlschuld, in Iher.J. Bd.41, S.1 ff., 1900.

" Schuldrecht des BGB, in Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, X, 2.
Bd.I: Allgem. Schuldrecht, 1930.
Bd.II: Besonderes Schuldrecht, 1931.

" Willkür und Willenserklärung, in Iher.J.Bd. 39, S.175, 1898.

Lehmann, H.: Allgem.Teil des BGB, 3.Aufl.Bd.1 der Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 1928.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz, I, 1912, II, 1926.

Lücke: Die Kostenfrage im Sortimentsbuchhandel. Diss, Jena, 1927.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.

" Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907 (=WeWg).

" Kritik über Schlossmanns Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Z.f.d.ges.Handelsrecht, 65 S.281 f. 1909.

" Savigny und der Modernismus im Recht, 1914.

" Irrtum und Auslegung, 1918.

Manigk: Artikel im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft:
Auslegung,Formalismus und Freirechtsschule,Interessenjurisprudenz,Schuldverhältnisse.

" Die Methode der Auslegung d.R.Geschäfts. Arch.f.R.W.Ph. 1933, Band 26, S.359 ff.

Mauritz: Der gemischte Vertrag,Diss.Marburg 1932.

Merk: Veräußerlichung und Durchschnittlichkeit im Recht.In Beiträge zum Wirtschaftsrecht I, 1931, S. 88 ff.

Michaelis: Der Trödelvertrag Diss.Erlangen, 1899.

Motive zum Entwurf des BGB,Bd. 1 und 2,1896.

Muskat: Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kauf auf Probe und bei anderen Verträgen.
In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.49,S.472,1905.

Müller-Erzbach: Handelsrecht, 1928.

Natter: Die teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts; BGB § 139 Diss.Tübingen 1907.

Nussbaum: Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht in:Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, 1917.

Oertmann,Paul:Rechtsordnung und Verkehrssitte,1914.

" Kommentar zum BGB I,1927; II,2 1929.

Paschke-Rath:Lehrbuch des deutschen Buchhandels,Bd.I, 1912, Bd.II,1908.

Pescatore: Die Wahlschuldverhältnisse, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches, XIII,1,1905.

Planck-Siber-Knoke:Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch,Bd.I,1913, Bd.II, 1 und II,2,1928.

Riezler: Geschäfte des Buch- und Kunsthandels, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, V,2.

Reinhold: Trödelvertrag, 1884.

Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in:Iher.J.f.d.Dogmatik des bürgerlichen Rechts,60, S.106 ff. 1912.

Schmidt-Rimpler:Kommissionsrecht,Ehrenb.Hdbuch d.H.R. 1928.

Schulz: Beiträge zur Erkenntnis der Quellen und der Lehre vom contractus aestimatorius, Diss. Leipzig. 1904.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis,1903.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch,4.Aufl.1929.

Stammler: Der Garantievertrag in:Archiv f.d.ziv. Praxis,Bd.69,S.1 ff.,1886.

Staub-Gadow-Heinrichen:Handelsgesetzbuch, Bd.III u. IV, 1933.

Sterner: Die Methode der Übertragung von Normen des besonderen Teiles der Schuldverhältnisse auf gemischte Verträge,Diss.Königsberg, 1928.

Stoll: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz,im Archiv f.d. ziv.Praxis, neue Folge,13.Beilage-Heft (Festgabe f.Heck,Rümelin,Schmidt)1931.

Thorbeck: Die dingliche Rechtslage beim Vertriebsvertrag,Diss. Rostock, 1927.

Titze: Richtermacht und Vertragsinhalt,1921.

v.Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts,Bd.II, 1910.

Vocke: Auslegungsregel und subsidiärer Rechtssatz, Diss. Erlangen, 1909.

Warthorst: Das Wesen des Trödelvertrages (contractus aestimatorius),Diss.Rostock,1928.

Weber: Allgemeine Volkswirtschaftslehre,1932.

Woysch: Der Kauf auf Umtausch,Diss.Breslau,1927.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,Bd.49,RomanistischeAbt.1929,Manigk:in memoriam Enneccerus,S.698 f.

Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft,1879.

Zwehl: Der Trödelvertrag nach gemeinem u.deutschem bürgerl.Recht,Diss.Bonn,1908.

L e b e n s l a u f .

Am 20. Oktober 1911 wurde ich, Manfred Altmann, Sohn des Dr. Adolf Altmann, Oberrabbiner in Trier, und seiner Ehefrau Malwine, geb. Weiss, in Salzburg geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger.

Ostern 1921 trat ich in das Hindenburg Realgymnasium in Trier ein. Unter Überspringung des Oberprimajahres legte ich Ostern 1929 das Abiturientenexamen mit dem Prädikat "Gut" ab. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaft und studierte an den Universitäten Frankfurt a.M., Berlin und Marburg. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am Oberlandesgericht in Kassel mit "Gut" und das juristische Doktorexamen an der Universität Marburg mit dem Prädikat "Sehr gut" ab.